

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

ÉTUDE HISTORIQUE

SUR LE

DÉVELOPPEMENT DES SURETÉS RÉELLES A ROME

DROIT FRANÇAIS

COMMENTAIRE

DE LA LOI DU 24 JUILLET 1889

SUR LA PROTECTION

DES ENFANTS MALTRAITÉS OU MORALEMENT ABANDONNÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 4 juillet 1895

PAR

E. GAUCHET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'ANGERS

ANGERS

IMPRIMERIE BURDIN ET C^{ie}.

4, RUE GARNIER, 4

1895

DROIT ROMAIN

ÉTUDE HISTORIQUE

SUR LE

DÉVELOPPEMENT DES SURETÉS RÉELLES A ROME

DROIT FRANÇAIS

COMMENTAIRE

De la loi du 24 juillet 1889

SUR LA PROTECTION DES ENFANTS MALTRAITÉS

OU MORALEMENT ABANDONNÉS

JURY D'EXAMEN

MM. CAREL, *professeur*, président de la thèse.

MARIE, *professeur*.

TRUCHY, *agrégé*.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DROIT ROMAIN

ÉTUDE HISTORIQUE

SUR LE

DÉVELOPPEMENT DES SURETÉS RÉELLES A ROME

DROIT FRANÇAIS

COMMENTAIRE

DE LA LOI DU 24 JUILLET 1889

SUR LA PROTECTION

DES ENFANTS MALTRAITÉS OU MORALEMENT ABANDONNÉS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 4 juillet 1895

PAR

E. GAUCHET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'ANGERS

ANGERS

IMPRIMERIE BURDIN ET C^{ie}.

4, RUE GARNIER, 4

1895

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

BIBLIOGRAPHIE

THÈSE ROMAINE

- ACCARIAS. — *Précis de droit romain.*
POTHIER, — *Pandectæ Justinianæ.*
GLARD. — *De la fiducie* (thèse-Rennes 1894).
ISIDORE DE SÉVILLE. — *Des origines.*
CICÉRON. — *Pro Flacco.*
PLAUTE. — *Trinummus.*
HUGONIS DONELLI. — *Commentarius.*
CUJATH. — *Opera omnia.*
PIEDÉLIÈVRE. — *Cours de Pandectes*, Rennes 1893-1894.
MAINZ. — *Cours de droit romain.*
MACHELARD. — *Théorie générale des interdits en droit romain.*
CUQ. — *Institutions juridiques des Romains.*
G. MAY. — *Éléments de droit romain.*
-

THÈSE FRANÇAISE

- H. TAUDIÈRE. — *Les droits du père de famille et les tendances actuelles.*
M^{re} DUPANLOUP. — *De l'éducation.*
LELOIR. — *Code de la puissance paternelle.*

CHARMONT. — *Revue critique de législation et de jurisprudence.*

NILLUS. — *Déchéance de la puissance paternelle, et protection des enfants placés avec ou sans l'intervention des parents.*

DIDIER. — *Étude sur la loi du 24 juillet 1889.*

VINGTAIN. — *Des restrictions et déchéances de la puissance paternelle.*

LALLEMAND. — *Annuaire de la législation française.*

TESTOUD. — *Revue critique de législation et de jurisprudence.*

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Cours de droit civil.*

HUC. — *Traité théorique et pratique du Code Civil.*

BLANC. — *Les enfants maltraités ou moralement abandonnés.*

FAUSTIN-HÉLIE. — *Traité d'instruction criminelle.*

TAUDIÈRE. — *Des lacunes signalées par la jurisprudence dans la théorie du Code Civil sur l'autorité paternelle et de la façon dont la loi du 24 juillet 1889 y a pourvu.*

DALLOZ. — *Supplément (Recueil alphabétique, au mot Puissance paternelle).*

Notes de MM. de LOYNES, — PLANIOL, — BOUCART, au bas d'arrêts cités par les *Recueils de jurisprudence.*

ÉTUDE HISTORIQUE
SUR LE
DÉVELOPPEMENT DES SURETÉS RÉELLES
A ROME

PROLÉGOMÈNES

Sans être versés dans les arts mécaniques ou dans les sciences physiques, la plupart des hommes se rendent un compte assez exact des progrès qui ont été accomplis par l'humanité dans ces diverses branches des connaissances humaines. Mais quand ils envisagent non plus des sciences dont les résultats sont en quelque sorte tangibles, comme toutes celles qui ont accompli les merveilles de la vapeur ou de l'électricité; quand leur examen porte sur des sciences purement abstraites, leurs réflexions sont bien différentes. Ils sont alors fort peu nombreux, les hommes qui, sans avoir étudié d'une façon spéciale les sciences philosophiques ou juridiques, par exemple, se doutent des nombreux perfectionnements

qui y ont été apportés. Pour être moins visibles, les progrès n'y sont pourtant pas moins considérables. Et c'est peut-être à cause de leur simplicité même que certaines théories, qui sont aujourd'hui connues de tout le monde, sont considérées, non pas comme le fruit de longues années de travail, mais comme des axiomes qui ont dû être admis de tout temps.

C'est ainsi qu'on étonnerait encore bien des gens à notre époque, en leur disant que cette théorie de l'hypothèque, qui paraît si naturelle aujourd'hui, a mis de longues années à se faire jour. Il a cependant fallu, pour arriver à ce résultat, les études de nombreux jurisconsultes et prêteurs romains qui, travaillant sans cesse dans le but de perfectionner leurs institutions, sont arrivés, grâce aux déductions logiques de leur esprit, à l'épanouissement complet des sûretés réelles, c'est-à-dire des gages réels fournis par un débiteur à son créancier.

En effet, quels furent, à l'origine, les droits des créanciers vis-à-vis des débiteurs? Quelles furent les premières armes fournies par le droit romain à un individu pour qu'il puisse parvenir à obtenir d'une autre personne le paiement de ce qui lui était dû?

La loi des XII Tables, le plus ancien document législatif que nous puissions examiner, nous répond à cet égard (t. III, ch. iv) : Si nexus non satisfaciat, — si le débiteur ne paie pas son créancier, — « liceat creditori retinere eum in vinculis sexaginta dies ; et interim trinis nundinis producat eum in comitio et prædicet pro quanta pecunia nexus sit. Si plures erunt creditores, elapso tertio nundinarum die, liceat ipsis debitoris corpus secare in partes ; si plus minusve secuerint, impune

esto. Si malunt eum vendant, ultra Tiberim exportandum (1). »

Le droit des créanciers vis-à-vis de leurs débiteurs consistait donc, au moment où fut portée la loi des XII Tables, dans le pouvoir qui leur était donné de retenir dans les fers (*in carcere publico vel privato*), à l'échéance du terme, le débiteur insolvable. Ils avaient même le droit, quand ils étaient plusieurs créanciers, de couper en morceaux le corps de leur débiteur afin de se le partager, à moins qu'ils ne préférèrent, décision moins cruelle et plus productive, vendre celui-ci comme esclave au delà du Tibre.

Il est vrai d'ajouter que les mœurs firent tomber en désuétude cette coutume barbare. Quintilien nous dit, en effet (*Institut.*, III, 6) : « *Legem secandi debitoris in partes mos publicus repudiavit.* » Le droit de retenir son débiteur *in carcere privato* fut attaqué, nous dit Pothier (2), par la loi Pætilia, laquelle fut rendue, ajouta-t-il, *circa annum ab U. C. 437*, sous le consulat de C. Pætilius. Et le même auteur nous en donne la raison (*loc. cit.*).

« *Mutatum autem jus ob unius fœneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem. Is juvenem formâ decorum qui, ob æs paternum ipsi se nexum dederat, cum ad libidinem tum blanditiis tum minis frustra pellexisset verberibus denique crudeliter cædi jusserat. Quibus laceratus juvenis, quum se in Forum proripuis-*

(1) Pothier, *Pandectæ Justinianæ ; Fragmenta XII Tabularum*, t. I *Tabula tertia*, t. IV *Interpretatio*.

(2) Pothier, *op. cit.*, *Fragmenta XII Tabularum, Tabula tertia, Commentarius*, ch. II.

set et tergum misere laniatum cuique obvio ostenderet, factus est plebis concursus ad Curiam. »

Toutefois, malgré cette loi, ces coutumes barbares ne disparurent pas à cette époque (1). Gellius, qui vivait du temps d'Adrien et d'Antonin le Pieux, a pu écrire : « Addici nunc et vinciri multos videmus, vix est ut intelligi possit de Romanis civibus. »

Ce droit cruel des XII Tables subsista donc de longues années, et ceci nous prouve que ce n'est pas parce que les mœurs des Romains devinrent plus douces et plus policées que l'on vit naître de nouveaux moyens de contrainte destinés à remplacer le *jus vitæ necisque*. Ce sont des raisons d'un ordre tout différent, des raisons économiques qui introduisirent dans le droit romain la première des sûretés réelles qui méritent véritablement ce nom : la fiducie.

Les Romains, en effet, ne purent manquer de s'apercevoir rapidement que le droit de vie et de mort, conféré par la loi des XII Tables, qui était peut-être suffisant à l'origine, était un droit très imparfait, qui offrait de nombreux inconvénients. C'était un moyen d'intimidation, de coercition, plutôt qu'une garantie.

Et c'est pour cette raison que nous avons parlé, dans notre introduction seulement, de ce droit des XII tables, estimant qu'on ne peut véritablement faire rentrer dans l'histoire des sûretés réelles ce droit qui consiste en sévices destinés à faire payer la dette par la famille

(1) Pothier, *op. cit.*, : « Verum hæc lex debitorum quidem corpus a nervo et vinculis vindicavit, non videtur autem quoad ipsam poenam servitutis (et si sublatam eam quoque verba Legis innuant) fuisse observata. »

du débiteur insolvable : droit qui, d'un côté, il est vrai, a bien le caractère d'un gage, mais qui, envisagé même à ce point de vue, échappe à notre étude, puisque c'est une personnalité humaine, le débiteur qui est donné en gage, et il nous semble bien difficile de classer une personne humaine, fût-ce même celle d'un débiteur, dans la catégorie des sûretés réelles.

Ce point de départ bien précisé, nous étudierons dans cette étude le développement des sûretés réelles à Rome, et notre travail se trouvera tout naturellement divisé en trois chapitres correspondant aux trois grandes étapes parcourues : *La fiducie*. — *Le gage*. — *L'hypothèque*.

CHAPITRE PREMIER

DE LA FIDUCIE

SECTION I

ORIGINES DU CRÉDIT RÉEL. — ORIGINES DE LA FIDUCIE. — SES APPLICATIONS. — A QUELLE ÉPOQUE REMONTE-T-ELLE ?

C'est dans des motifs d'ordre purement économique, avons-nous dit, qu'il faut chercher la raison d'être de la fiducie. Les Romains, en effet, à l'origine tout au moins, ne concevaient pas, comme nous le faisons aujourd'hui, l'existence de biens séparés de la personne à laquelle ils appartenaient. Le patrimoine d'un individu était, en quelque sorte, un vêtement qui l'enveloppait, et c'était la personne elle-même qu'il fallait atteindre si l'on voulait toucher aux biens. C'est pourquoi l'idée de donner une chose en gage, cette idée qui est la base même du crédit réel faisait absolument défaut. C'était uniquement lorsque le débiteur avait été vendu *trans Tiberim* ou avait été mis à mort, que les créanciers pouvaient se partager ses biens. L'idée de relation directe entre un créancier et les biens de son débiteur ne s'était pas encore fait jour. C'était là, du reste, la raison d'être du *jus vitæ necisquæ* de la loi des XII Tables; l'obligation était alors un lien de droit qui rattachait véritablement deux personnes l'une à l'autre. Mais il semble que le législateur, ayant mis en présence le débi-

teur et le créancier, et ayant donné à ce dernier tout pouvoir sur la personne de l'autre partie, ait été subitement frappé d'impuissance. Les biens n'étaient dévolus au créancier que comme accessoire de la personne, lorsque le débiteur avait été mené devant le magistrat, exposé sur la place publique pendant le délai voulu, et enfin était devenu lui-même la propriété du créancier. Il en fut ainsi pendant tout le temps que dura la procédure barbare et primitive des *legis actiones*, et ce fut à titre purement exceptionnel, et comme une faveur donnée, non pas au débiteur, mais bien au créancier, en raison de sa qualité, qu'on permit tout d'abord, dans des cas spécialement déterminés, de s'attaquer aux biens d'un individu, en passant, pour ainsi dire, par-dessus sa personne. La loi, en effet, introduisit par l'action *per pignoris capionem* un premier mode d'exécution sur les biens, et Gaius (liv. IV, 26 et suiv.) nous apprend pour quelle raison cette action fut admise. Il s'agissait de protéger des créances religieuses ou quasi-religieuses. La loi des XII Tables permit à celui qui avait vendu un animal, destiné à être offert en sacrifice, et n'en avait pas touché le prix d'agir par prise de gage contre son débiteur. Le créancier pouvait en quelque sorte se payer de ses propres mains. Cette *actio*, en effet, avait lieu sans que la présence du magistrat fût nécessaire, et pouvait être exercée même un jour néfaste (*pignoris capio extra jus peragebatur, id est, non apud prætorem, plerumque etiam absente adversario*). Ce droit fut également conféré; nous dit le même auteur, à celui qui donnait en location une bête de somme et ne recevait pas le prix du loyer, mais dans le cas seulement où la somme qui représentait le service

rendu était destinée à offrir un sacrifice. Il est permis de supposer que ce ne sont là que des exemples et que l'action *per pignoris capio* était permise chaque fois qu'il s'agissait du culte des dieux.

Par extension, on permit l'usage de cette *actio* chaque fois qu'il s'agissait du recouvrement des impôts ou des charges publiques destinées à assurer la sécurité de la ville. Il en était ainsi pour l'impôt militaire (*æs militare*); on en usait également contre celui qui devait fournir une somme d'argent destinée à acheter un cheval (*quæ pecunia dicebatur æs equestre*); ou contre celui qui devait payer l'impôt nécessaire pour acheter le grain destiné à nourrir ces chevaux (*quæ pecunia dicebatur æs hordiarium*); enfin cette mesure devint générale quand il s'agissait du rendement des impôts (*adversus eos qui aliqua lege vectigalia deberent*).

Mais, nous l'avons dit, ce ne sont là que des cas exceptionnels; la règle générale était que la personne seule était engagée et répondait de la dette contractée. Toutefois de ce principe lui-même devait découler l'idée de crédit réel. En effet, lorsqu'un malheureux était à bout de crédit, il ne lui restait plus d'autre ressource que d'engager sa propre personne, de se vendre lui-même comme esclave; il devenait ainsi, aux mains de son créancier une espèce de gage vivant qui fut qualifié de *nexum*. Cependant il ne faut pas croire que cette première conception d'une sûreté affectée à la garantie des dettes ait fait faire un grand pas à l'histoire des sûretés réelles. Le débiteur qui transférait au créancier la pleine propriété sur sa personne devenait, avons-nous dit, une espèce de gage vivant, mais il n'était pas un véritable gage, tout au moins dans le sens juridique du mot. Le gage,

en effet, n'existait pas et ne pouvait exister à cette époque, car la possession n'était pas protégée aux mains du non-propriétaire, puisque la loi romaine ne concevait pas, comme nous l'avons déjà dit, l'existence de biens séparés de la personne de celui à qui ils appartenaient.

Après la *pignoris capio*, nous montrant, dans certains cas, la saisie de biens pouvant être vendus pour l'acquittement d'une dette à la sûreté de laquelle ils n'avaient été en aucune façon affectés ou, tout au moins, ne l'avaient été que par la loi elle-même et dans leur généralité, le *nexum* nous fournit l'exemple d'un individu qui se donne lui-même, ou était donné par une personne ayant pouvoir sur lui (*dominus* ou *paterfamilias*), en garantie d'une dette. C'était déjà un progrès vers l'idée de sûreté réelle; car nous voyons, dans ce cas, une garantie spéciale et bien déterminée fournie par la volonté de l'homme. Mais si les lois romaines permettaient l'usage de cette image imparfaite d'une sûreté réelle, il faut bien reconnaître qu'elles ne se prêtaient en aucune façon au développement de cette idée, et que, pour arriver au *nexum*, l'esprit pratique des Romains avait dû tourner la loi.

D'une part, en effet, nous savons que la possession d'un gage n'était pas protégée aux mains du créancier, en vertu d'une conception fautive de la loi romaine. D'autre part, la règle qui interdisait l'aliénation *ad tempus*, était un obstacle à la bonne volonté du débiteur. En vertu de cette règle, en effet, les modes de *datio*, la mancipation ou l'*in jure cessio* transféraient la propriété à titre perpétuel et étaient des modes solennels, c'est-à-dire n'admettant aucune clause contraire. A cette époque

primitive, les marques extérieures étaient la manifestation nécessaire et forcée de la volonté des contractants; il fallait à tout prix user des formes solennelles imposées par la loi, sans quoi l'accord des volontés n'eût été revêtu d'aucun effet légal. Chacun sait également que ces paroles étaient immuablement les mêmes; on ne pouvait aucunement les changer; il n'était pas permis d'ajouter ou de retrancher quoi que ce soit à ce moule invariable qui devait donner la vie juridique à tout contrat. Quand on se sera souvenu également que ces formes solennelles étaient des actes revêtus d'un caractère quasi-religieux qui formaient, en quelque sorte, un catalogue officiel placé sous la protection des prêtres de Rome, on comprendra qu'il était bien impossible aux particuliers, qui s'étaient aperçus de l'insuffisance des lois romaines et voulaient y obvier, de créer des manifestations extérieures de volonté destinées à combler une lacune qui existait évidemment dans leurs lois.

Cependant l'esprit inventif des Romains ne devait pas se laisser arrêter par tous ces obstacles, et bientôt ils imaginèrent le subterfuge suivant. Le débiteur, usant des modes solennels que la loi mettait à sa disposition, transférait à son créancier la pleine propriété de ses biens. Mais à côté de ce contrat intervenait une convention par laquelle le créancier s'engageait sur sa foi à retransférer au débiteur la propriété de ces biens, le jour où il serait désintéressé. Cette convention s'appela la fiducie.

La fiducie nous apparaît donc, à l'origine, comme une sorte de convention cachée, de contre-lettre, destinée à faire annuler dans l'avenir, par un contrat en sens in-

verse, le contrat qui venait d'avoir lieu (1). La fiducie, étant, de cette façon, contraire à l'ancienne règle qui prohibait l'aliénation *ad tempus*, était en quelque sorte une fraude à la loi, et dut n'apparaître tout d'abord que timidement comme un acte qu'on tolérait, mais qui ne devait pas s'affirmer ouvertement. Cette situation dura jusqu'au jour où les Romains, comprenant, à mesure qu'ils devenaient de plus en plus civilisés, l'insuffisance de leurs lois et le côté gênant des formes étroites et rigoureuses qu'ils employaient, élargirent progressivement le domaine de la fiducie et en firent un moyen légal de corriger la loi, chaque fois qu'il s'agissait d'une aliénation où il était nécessaire de stipuler un droit de retour.

C'est ainsi qu'on fit, plus tard, intervenir la fiducie pour modifier l'état ou la capacité des personnes. Dans l'émancipation, par exemple, nous voyons cette convention jouer un rôle très important. Le *paterfamilias* qui voulait émanciper son fils le vendait à une tierce personne. La *patria potestas* était ainsi éteinte tout aussitôt; mais pour rendre le fils *sui juris*, il fallait, nous le savons, que le père de famille vendit trois fois son enfant (*qui ter venum duit*). Or, c'était en vertu d'un pacte de fiducie que l'acquéreur s'obligeait à retransférer le *mancipium* au père de famille, aussitôt que celui-ci lui

(1) Nous prenons ici la fiducie au moment de sa formation. Il est possible, c'est là une hypothèse qui n'est pas résolue par les textes, qu'après la loi des XII Tables, en vertu de la règle *Quum nexum*, la convention de fiducie eût été clairement exprimée. C'est là un progrès qui a pu être réalisé dans l'histoire de la fiducie. Nous verrons cependant plus loin les difficultés soulevées par cette question : difficultés qui nous portent à croire qu'en admettant que ce progrès a été réalisé il ne l'a été que très tard.

avait vendu son fils. On renouvelait donc l'opération autant de fois que cela était nécessaire, et c'était parce que l'acquéreur était lié par le pacte de fiducie que le *paterfamilias* cédait, sans crainte, ses droits qu'il savait devoir lui être rendus aussitôt.

Le même rôle est joué par la fiducie dans le dépôt, dans l'adoption, dans la *coemptio* d'une femme *sui juris* désirant se faire affranchir pour conférer à quelqu'un les *jura patronatus*.

On peut donc définir la fiducie, d'une façon générale, un pacte en vertu duquel l'acquéreur s'obligeait sur sa foi à se dessaisir de la chose qu'il venait d'acquérir ou du droit qui lui était conféré sur elle.

L'origine de la fiducie nous étant ainsi connue, de même que les principales de ses applications, il importe maintenant de déterminer autant que faire se peut en l'absence de textes précis, le moment où cette institution a pris naissance.

M. Accarias s'occupe de cette question dans un paragraphe de son ouvrage intitulé : *Des pactes adjoints à une dation*(1). Le savant auteur divise ces pactes en deux catégories : ceux qui se bornent à restreindre les effets de l'aliénation, et ceux qui prétendent faire naître une nouvelle obligation. Les premiers, d'après M. Accarias, sont certainement sanctionnés par la loi des XII Tables.

Quant aux seconds dans lesquels rentre évidemment la fiducie, il faut faire une sous-distinction. M. Accarias distingue, en effet, dans cette catégorie les pactes portant sur le même objet que la *datio* auquel ils sont joints, et ceux portant sur un objet différent. La fiducie rentre

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, § 647.

évidemment dans la première de cette sous-distinction, parmi les pactes qui portent sur le même objet que le contrat auquel ils sont joints. Or, c'est à ceux-là seuls, mais à ceux-là sans distinction que M. Accarias accorde la sanction civile. Et cela se comprend aisément, ajoutait-il, car le pacte porte alors sur tout ce qui est contenu dans le contrat principal (*quantum in datione, tantum in obligatione*). La sanction serait donc la même que celle qui est donnée au contrat principal, sanction tirée de la règle *Quum nexum* de la VI^e des XII Tables. En résumé, M. Accarias estime que la fiducie est sanctionnée par la loi des XII Tables et remonte à cette époque, comme le prouvent les mots placés en tête du paragraphe d'où nous avons extrait cette théorie : « Mon seul but, pour le moment, est d'exposer la doctrine primitive, celle que l'on peut faire remonter au moins jusqu'aux XII Tables. »

Malgré l'autorité du nom qui s'attache à ce système, il nous semble bien difficile de dire que la fiducie remonte aux XII Tables, en n'ayant d'autre preuve à l'appui de cette affirmation que celle qui est tirée d'une sanction donnée par la loi en vertu de la règle *Quum nexum*.

D'une part, en effet, cette action donnée par la loi civile serait une action *stricti juris*, ce qui nous semble inconciliable et avec la nature même du pacte de fiducie, lequel repose essentiellement sur la bonne foi (1), et avec

(1) Nous savons cependant qu'il y a des actions de droit strict, servant de sanction à des obligations reposant sur la bonne foi et l'équité, *condictio indebiti*, *condictio sine causâ*. Mais ce ne sont là que des exceptions.

le caractère de l'*actio fiduciæ* qui fut accordée plus tard, action *bonæ fidei* qui tirerait ainsi son origine d'une action *stricti juris*.

D'autre part, les mots *uti lingua nuncupavit*, dont on a voulu argumenter, disant qu'ils comprenaient tout ce qui a été convenu entre les parties, ne se réfèrent qu'à la *nuncupatio*, et, pour en tirer un argument, il faudrait prouver que la fiducie rentrait dans la formule même du contrat, faisait corps avec lui, ce qui nous semble impossible à admettre, ainsi que nous le verrons au cours de cette étude.

M. Mommsen, se basant sur une formule rapportée par Cicéron au *De officiis* (III, 17) : « *Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem* », croit voir l'origine de la fiducie dans une stipulation sanctionnée par une action *ex stipulatu* qui ne serait pas régie par les règles générales de cette action et serait une action *ex stipulatu* de bonne foi. Nous n'insisterons pas sur ce système qui nous paraît inadmissible, l'action de bonne foi étant précisément le contraire de l'action *ex stipulatu*, et qui, d'ailleurs, ne désigne en aucune façon le moment où serait apparue la fiducie.

A défaut de documents certains, il nous faut donc procéder par déductions. Or, Plaute qui vivait au *vi*^e siècle de Rome mentionne la fiducie dans une de ces comédies intitulée le *Trinummus*. On lit, en effet, acte I, scène II, les vers suivants :

Quid tu adolescentem quem esse corruptum vides
Qui tuæ mandatus est fide et fiduciæ
Quin eum restituïs?

D'autre part, le même auteur ayant parlé également

dans ses ouvrages de l'*actio empti*, et l'*actio fiduciæ* étant la plus ancienne de toutes les actions de bonne foi, nous pouvons affirmer que l'*actio fiduciæ* a pris naissance assez longtemps déjà avant le ^{vi}^e siècle de Rome. Et comme l'*actio fiduciæ* ne fut permise que longtemps après l'apparition de la fiducie (nous en trouvons la preuve dans ce fait que la fiducie était sanctionnée par l'*usureceptio fiduciaria*, qui disparut quand l'*actio fiduciæ* fut créée), nous dirons, après M. Glard (1) qui a exposé ce raisonnement, que : « sans affirmer que la fiducie remonte aux XII Tables, on peut soutenir sans témérité que l'usage en date au moins du ^{iv}^e siècle de Rome. »

SECTION II

ANALYSE DE L'OPÉRATION FIDUCIAIRE. — NATURE DE LA CONVENTION DE FIDUCIE.

De la définition que nous avons donnée de la fiducie, il résulte que deux éléments sont nécessaires pour la formation de l'opération fiduciaire ; 1^o la transmission par une personne à une autre de ses droits de propriété sur un objet ; 2^o une convention ayant pour but de faire rétrocéder au premier propriétaire le droit qu'il vient d'aliéner. Nous nous proposons maintenant d'étudier ces deux opérations et de rechercher ensuite quel lien les réunit l'une à l'autre.

Et, tout d'abord, comment s'opère la transmission de propriété, ce premier acte que nous découvrons dans

(1) Glard, *De la Fiducie*. Thèse, Rennes, 1894, p. 25 et ¹suiv.

l'analyse de l'opération fiduciaire et que nous avons jugé nécessaire à la formation de celle-ci? A cette première question, nous répondrons qu'une *datio* solennelle était nécessaire. La *mancipatio* ou l'*in jure cessio* étaient donc les seules formes qu'il était possible d'employer dans une *alienatio fiduciæ causâ*. Al'appui de cette affirmation, nous ferons remarquer que les textes qui mentionnent la fiducie nous la présentent toujours comme accompagnant une *mancipatio* ou une *in jure cessio*. Gaius, par exemple, relatant la façon dont s'opèrent l'émancipation ou l'adoption, dans lesquelles la fiducie joue un rôle si important, se sert uniquement du mot *mancipatio* (Gaius, ch. 1, §§ 132-134). Plus loin, le même auteur, voulant se servir d'une formule générale et qui comprît toutes les façons dont se formait l'opération fiduciaire, dit (ch. II, §§ 55-59) : « Nam qui rem alicui fiduciæ causa mancipio dederit vel in jure cesserit. » Enfin, Isidore de Séville (1) nous enseigne la même doctrine quand il dit : « Fiducia est, cum res aliqua, sumendæ pecuniæ gratia vel mancipatur, vel in jure ceditur. »

Mais nous irons plus loin et nous dirons qu'il n'est pas possible de comprendre l'existence du pacte de fiducie, à côté d'une *datio* s'opérant autrement que par un mode solennel d'aliénation. La translation de propriété aurait lieu alors par la simple remise de l'objet, par la *traditio*. Or, l'existence du *pactum fiduciæ* nous semble complètement incompatible avec la tradition; c'est, du reste, l'opinion d'un bon nombre d'auteurs qui raisonnent de la façon suivante. A Rome, dans tout transfert de propriété il faut une *justa causa*, c'est-à-dire que la tradi-

(1) Isidore de Séville, *Des origines*, ch. xxv.

tion ne transférera la propriété que si elle est faite en vertu d'un acte juridique qui l'aura précédée, legs, vente, etc. A l'appui de cette règle, on cite le texte suivant de Paul (liv. XXXI, *pr. Dig.*, *De acq. rer. dom.*; liv. XLI, t. I) : « Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur. » Ce texte, disent les auteurs dont nous reproduisons l'explication, prouve que la fiducie ne peut exister avec la *traditio* ; car alors il n'y aurait pas de *justa causa*, puisque aucun contrat ne précède la *traditio* et qu'on ne peut dire que la fiducie elle-même serait cette *justa causa*.

Il nous semble impossible d'admettre cette théorie qui repose sur une fausse interprétation de la *justa causa*. La *justa causa* ne consiste aucunement dans un acte juridique donnant à la tradition le pouvoir de transférer la propriété. La *justa causa* réside dans le double fait de la volonté pour l'une des parties d'acquérir, pour l'autre partie d'aliéner la *res*, objet de la tradition. Le plus souvent, il est vrai, cet accord de volontés aura lieu en vertu d'un contrat ; mais le contrat n'est aucunement nécessaire à la tradition, et le contrat n'est pas la *justa causa* (1).

Tout en admettant la même solution que ces auteurs, c'est-à-dire que la *fiducia* ne peut être jointe à une tradition, nous croyons la justifier d'une façon plus sûre et plus juridique en nous appuyant sur un texte de Gaius (liv. III, *ad legem XII Tabularum*; — *Dig.*, *De pactis*, liv. II, t. XIV) : « In traditionibus rerum, quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est. » En matière

(1) *Sic*, Accarias, t. I, p. 540.

de tradition, d'après ce texte, tout ce qui a été convenu par un pacte est évidemment valable et réagit par conséquent sur la tradition à laquelle le pacte est adjoint. En vertu de cette règle, la *traditio fiducie causa* est manifestement impossible : car un des éléments nécessaires à la tradition pour en faire un acte translatif de propriété est la *justa causa*, sans quoi il n'y a plus qu'une *nuda traditio*, et celle-ci ne suffit pas, car elle n'est pas un acte translatif de propriété, et nous savons que c'est là le premier élément indispensable pour l'existence de l'opération fiduciaire. Or, la *justa causa* ne peut exister, pour cette raison qu'elle réside uniquement dans la double volonté, pour l'une des parties, d'acquérir, pour l'autre partie, d'aliéner, et que, en même temps que cette volonté, doit exister dans l'esprit des parties une volonté manifestement opposée, celle qui est exigée pour l'existence du pacte de fiducie, volonté chez l'acquéreur de n'acheter que pour se créer un gage ou pour parer aux inconvénients de la loi, volonté chez le vendeur de ne pas abandonner le droit de propriété sur la chose qu'il vient d'aliéner. En un mot, la fiducie est impossible avec la *traditio*, parce que ces deux actes étant dénués de forme se confondraient l'un avec l'autre, et cette confusion enlèverait à la *traditio* toute idée de *datio*, idée qui est l'essence même de la *traditio*.

On ne peut imaginer la fiducie avec la *traditio*, qu'en admettant que la fiducie était un véritable contrat, pouvant se former indépendamment de l'acte translatif de propriété ; or, jusqu'ici nous avons donné à la fiducie la qualification de pacte, le moment est venu de justifier cette dénomination, et nous nous trouvons ainsi tout naturellement amenés à répondre à la seconde question

que soulève l'analyse de l'opération fiduciaire : quelle est la nature de la fiducie ? Une première opinion, qui nous paraît impossible à admettre, a voulu en faire un véritable contrat. Nous nous bornerons à remarquer, pour réfuter ce système, que, en droit romain, l'accord de volonté ne suffit pas pour former un contrat, c'est-à-dire un acte juridique sanctionné par la loi. Il fallait, en outre, l'accomplissement de certains actes solennels, la prononciation de paroles sacramentelles ; et c'était ces manifestations extérieures de volonté qui, effectuées dans des conditions spécialement déterminées, transformaient en un véritable contrat la convention des parties. Aussi tous les contrats, en droit romain, étaient-ils limitativement énumérés par la loi, puisque c'était elle qui en ordonnait la forme. Or, la fiducie ne rentre dans aucune énumération faite par la loi ; jamais celle-ci n'a spécifié de formes solennelles destinées à faire de la convention de fiducie un contrat ; la fiducie reste donc uniquement une convention entre parties, un pacte modifiant les effets du contrat auquel elle est jointe. Mais, prétendent nos adversaires, si la fiducie était un pacte, elle ne serait pas sanctionnée par l'action *fiducix*, que Gaius range parmi les actions qui sanctionnent des contrats (ch. iv, § 62).

Nous répondrons qu'on ne peut conclure du fait de cette sanction civile, donnée par l'action *fiducix*, que la fiducie était un contrat. Nous voyons, en effet, bon nombre d'autres pactes sanctionnés par une action *in jus*, par exemple tous les pactes adjoints *in continenti* et qui étaient sanctionnés par la même action que le contrat principal auquel ils étaient joints ; le fait pour eux d'être sanctionnés par une action *in jus* ne les transformait cependant pas en contrats.

D'autre part, nous remarquerons que, si la fiducie avait été un contrat; si, comme l'a dit M. Mommsen, le pacte de fiducie avait pu être remplacé par une stipulation, il est difficile d'expliquer pourquoi les Romains, avec leur esprit pratique, ne se seraient pas servi de la stipulation chaque fois que celle-ci était possible, car l'action qui en eût dérivé eût été plus forte que l'obligation morale qui était la seule sanction de la fiducie primitive. Enfin, pour quelle raison, si l'on admet que la fiducie n'était qu'une stipulation, les Romains auraient-ils créé l'action *fiduciæ*, alors qu'ils avaient à leur disposition l'action *ex stipulatu*.

N'est-il pas beaucoup plus raisonnable de supposer que la fiducie était un pacte qui fut imaginé, ainsi que nous l'avons dit, pour combler les lacunes de la législation romaine, alors surtout que cette supposition est en conformité complète avec les principes juridiques. Nous concluons donc en disant que la fiducie était un pacte, lequel était nécessairement adjoint à un mode solennel d'aliénation.

Mais la fiducie était un pacte accessoire qui n'avait d'existence que parce qu'il était adjoint à une dation. Ceci ressort de l'analyse de l'opération fiduciaire, et la question qui nous reste à résoudre, pour bien connaître celle-ci, est la question de savoir comment la fiducie était rattachée au contrat principal, à la dation. Une première opinion prétend que la fiducie faisait corps avec la *datio*, était partie intégrante du contrat dans lequel elle se confondait; et les partisans de ce système argumentant par analogie raisonnent de la façon suivante. En cas d'aliénation de nu-propriété, on voit les mots *deducto usufructu* prendre place dans la formule même

de l'aliénation (1), parce que c'était là une des conditions du contrat, c'était une limitation apportée au droit de l'acquéreur, c'était une charge qui lui était imposée. Or, il en est absolument de même en ce qui concerne la fiducie ; c'est là aussi une loi du contrat, et elle devait prendre place dans la formule même de celui-ci par les mots *fidi fiduciæ*, *fiduciæ causa* ou en tout autre terme qui en aurait manifesté l'existence.

Cette opinion nous paraît impossible à admettre pour les raisons suivantes : en ce qui concerne l'analogie tirée de la réserve de l'usufruit nous répondrons que cette théorie n'est pas à l'abri de toute critique, puisque l'auteur écrit quelques lignes plus bas : « Pomponius igitur putat non posse ad certum tempus deduci nec per in jure cessionem, nec per mancipationem, sed tantum transferri ipsum posse. »

Nous remarquerons, en outre, qu'il paraît absurde de vouloir faire rentrer dans la même formule deux idées diamétralement opposées, comme celle d'une aliénation perpétuelle et celle d'un droit de retour. Enfin, lorsqu'on examine la façon dont s'effectuaient la *mancipatio* et l'*in jure cessio*, cette théorie paraît complètement insoutenable. Dans la mancipation, en effet, l'acquéreur seul parle ; il n'y a que lui à prononcer les paroles sacramentelles, le vendeur se tait ; or, pour que la fiducie prît naissance à ce moment, il faudrait cependant que l'aliénateur manifeste, lui aussi, sa volonté, et cela d'une façon formelle.

Son silence ne peut suffire à cet égard, car la fiducie est une convention, c'est-à-dire un accord de volontés, et, pour qu'il y ait accord de volontés, il faut avant tout que

(1) *Vaticana fragmenta*, p. 50.

les deux volontés se rencontrent et soient exprimés. Or, quand l'acquéreur a prononcé la formule de la *mancipatio*, la *mancipatio* est terminée, et il n'y a pas de convention de fiducie puisque le vendeur n'a rien dit; d'autre part, s'il parle, s'il intervient un débat entre les parties, la forme prescrite par la loi est ainsi modifiée, il n'y a plus de *mancipatio*. Nous dirons donc qu'il n'y a pas place, dans la *mancipatio*, pour la convention de fiducie; et nous arrivons au même résultat en examinant l'hypothèse de l'*in jure cessio*. Dans ce cas, en effet, la loi prescrit aux parties de feindre un procès, une lutte juridique, qui se termine en faveur de l'acquéreur; c'est donc au cours de ce procès simulé que doit être conclue la convention de fiducie, d'après le système de nos adversaires qui veulent que la *fiducia* se confonde avec le contrat principal. Cette hypothèse est insoutenable, puisque la loi prescrit aux parties d'imiter une contestation qui se termine en faveur de l'acquéreur, parce que la propriété du vendeur est regardée comme dénuée de tout droit; et c'est à ce moment-là même qu'on voudrait que les parties concluent une convention de fiducie, convention qui, par son essence même, repose sur le droit de propriété du vendeur, lequel est l'objet même de la contestation ordonnée par la loi. L'acquéreur, devant soutenir que le droit de propriété lui appartient à lui seul, ne peut, sans sortir de son rôle, reconnaître à son adversaire un droit de propriété qu'il est cependant nécessaire de lui attribuer pour que la fiducie pût exister.

La fiducie ne pouvait donc faire corps avec la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*; et cette conclusion, à laquelle nous arrivons en examinant la nature de ces deux actes juridiques, se trouve entièrement confirmée par les do-

cuments. En 1867, on découvrit en Espagne une table de bronze, dite *table de Bétique*. Que cette table soit un modèle, un formulaire en quelque sorte, comme le soutient une première opinion, ou qu'elle soit la relation d'une opération véritablement effectuée comme l'affirme un autre système, il est certain que le pacte de fiducie y est nettement séparé du contrat principal. Cette table, en effet, est divisée en deux paragraphes : dans le premier, il y est traité d'une mancipation fiduciaire, et, dans le second, il est question du pacte de fiducie. L'auteur de ce document, suivant en quelque sorte l'ordre chronologique des faits, relate en premier lieu la mancipation, puis, ce sujet traité, commence un second paragraphe qui débute par ces mots : *Pactum conventum factum est*, etc. (Un pacte intervint ensuite entre Damas, serviteur de Titius, etc.). Les personnages sont les mêmes ; c'est la même opération qui continue, mais le temps du verbe latin prouve bien que le moment où ce pacte fut convenu n'est pas le même que celui où fut faite la mancipation. Le pacte n'était donc pas compris dans la mancipation, ne faisait pas corps avec elle (1).

Nous estimons donc que la fiducie est un acte juridique indépendant et complètement distinct de l'acte solennel dont il modifie l'étendue ; et ceci, d'ailleurs, nous semble plus conforme à ce principe de droit romain, que tous les actes juridiques doivent être simples et non pas composés. Toutefois, faisons remarquer, en terminant cette question, que, si la fiducie était un acte bien séparé du contrat de *datio*, elle se rattachait cependant à celui-

(1) Voir aussi à ce sujet le Dyptique de Pompéi découvert en 1887. La fiducie y est également présentée comme un acte séparé.

ci très indirectement, en ce sens qu'elle supposait la *datio* réalisée, sans quoi elle n'aurait pu prendre naissance.

SECTION III

FIDUCIA CUM CREDITORE. — DROITS ET OBLIGATIONS DES
PARTIES.

SANCTION DE LA FIDUCIE. — SES INCONVÉNIENTS.
SA DISPARITION.

Les règles que nous avons exposées dans la section précédente s'appliquant à la formation de l'opération fiduciaire dans tous les cas et quel que fût le but que les parties se proposaient d'atteindre, nous connaissons par là-même les conditions de validité et d'existence de la fiducie comme instrument de crédit. Mais puisque c'est à ce dernier point de vue que nous devons envisager spécialement le *pactum fiduciæ*, il nous reste maintenant à étudier quels étaient les droits et les obligations des parties se servant du pacte de fiducie pour constituer une sûreté réelle.

Le *pactum fiduciæ* intervenu dans ce but est désigné sous le nom de *fiducia cum creditore*, et nous remarquerons, tout d'abord, qu'il supposait évidemment comme précédemment existante une créance quelconque que les parties se proposaient de garantir. Nous savons comment celles-ci s'y prenaient pour atteindre ce but ; le débiteur aliénait une partie de ses biens au créancier, et celui-ci s'obligeait, par un pacte de fiducie, à lui rendre ces biens, le jour où il serait désintéressé. Cette aliéna-

tion, nous l'avons dit, ne peut s'opérer que par la *manipatio* ou la *cessio in jure*, et nous tirons de cette règle la conclusion suivante. Ces deux modes d'acquisition ne pouvant transférer que la propriété quiritaire, il y avait toute une catégorie de personnes, toutes celles qui ne jouissaient pas du *jus commercii*, auxquelles il était impossible de se servir de la *fiducia cum creditore*.

Il y avait également toute une catégorie de biens qui ne pouvaient être donnés en fiducie, c'était tous ceux qui n'étaient pas pourvus du *jus italicum*, les fonds provinciaux par exemple. Une difficulté sur ce dernier point résulte d'un passage de Cicéron (1) : « Décianus, tu as amené Lysianas de Temnos à Apollonide ; tu lui as prêté, à lui jeune homme, une somme d'argent à gros intérêts, non sans avoir au préalable pris une sûreté réelle. Tu dis que, impayé, cette sûreté t'appartient, aujourd'hui tu la détiens, tu la possèdes. Et ce témoin, c'est dans l'espoir de recouvrer le fonds paternel engagé que tu l'as contraint à venir déposer. »

Il est question dans ce passage de Cicéron d'un fonds situé en Etrurie, dans le territoire d'une ville qui, à cette époque, ne pouvait avoir le *jus italicum*, et cependant Cicéron nous présente ce fonds comme ayant été l'objet d'un pacte de fiducie (*fiducia tamen accepta*). Mais nous croyons plutôt que Cicéron a voulu faire allusion dans ce cas à un mode de sûreté réelle du droit grec, lequel consistait en une vente accompagnée d'un pacte de ra-

(1) Cicéron, *Oratio pro Flacco* : « Abduxisti (Deciane, Lysaniam) Temno Apollonidem ; pecuniam adolescentulo, grandi fœnore, fiducia tamen accepta, occupavisti. Hanc fiduciam tibi commissam dicis : tenes hodie ac possides. Eum tu testem spe recuperandi fundi paterni venire ad testimonium dicendum coegisti. »

chat. Cette espèce de garantie avait, comme on le voit, beaucoup d'affinité avec la fiducie, et c'est pour cette raison que Cicéron, en l'absence de dénomination spéciale, se servit du mot *fiducia* pour la désigner.

Les personnes auxquelles il était permis d'user de la *fiducia cum creditore* et la catégorie des biens qui pouvait en faire l'objet étant ainsi spécialisées, nous allons maintenant, pour étudier les effets de la *fiducia cum creditore*, examiner séparément les résultats produits par chacun de ses deux éléments : 1° par la *datio* ; 2° par le pacte de fiducie.

Du fait qu'il y a eu aliénation et transfert de propriété il résulte que l'aliénateur a perdu tous droits sur la chose vendue. Le fiduciaire devient propriétaire de la *res*, et acquiert sur elle l'intégrité des droits qui appartenaient autrefois à l'aliénateur. C'est ainsi que celui-ci ne peut plus user de la revendication, ne peut plus disposer en aucune façon des biens par lui engagés. En un mot, il ne peut plus faire, à l'égard de ceux-ci, que ce qu'il est permis à un tiers de faire. C'est ainsi qu'il peut encore vendre la *res* aliénée, la vente de la chose d'autrui étant toujours permise, mais il ne peut la vendre à son créancier, parce que celui-ci a acquis sur elle, par la *datio* qui a été effectuée, la totalité des droits qu'il pouvait acquérir. Ce sont là, du reste, les effets qui résultent de tout acte translatif de propriété, et nous ne les rappelons qu'afin de prouver que, sur ces différents points, aucun changement n'a été apporté aux règles générales dans le cas spécial de vente avec fiducie. En ce qui concerne, par exemple, la translation complète des droits de propriété, le § 94 des Fragments du Vatican nous prouve que la doctrine suivie en matière d'a-

liénation fiduciaire est bien la doctrine générale. Ce texte est ainsi conçu : « Un fonds donné en dot, avec estimation, a été enlevé au mari par un créancier qui le lui avait donné en fiducie. Je demande si la femme, lorsqu'elle exigera du mari l'estimation de la dot, pourra être repoussée par l'exception. »

Le reste du texte a trait à l'*actio rei uxoriæ*; aussi, puisqu'il ne touche pas le point que nous traitons, nous le laisserons de côté pour nous tenir aux premières lignes que nous venons de citer et qui prévoient le cas suivant. Un père de famille a fait mancipation à son créancier d'un fonds qu'il a également constitué en dot à sa fille postérieurement à la mancipation. La dot ayant été constituée avec estimation, la constitution vaut vente : *æstimatio facit venditionem*; et le texte prévoit le cas où le mari ayant été évincé par le créancier fiduciaire, le mariage est rompu, soit par le divorce, soit par la mort du mari. La femme intente alors contre son époux ou les héritiers de celui-ci une action en restitution de dot; et l'auteur se demande si la prétention de la femme pourra être repoussée par l'exception (exception de dol) tirée de ce fait que le mari a été évincé. La fin du texte répond à cette question, mais ce que nous avons vu du § 94 suffit à nous démontrer que l'aliénateur, qui a donné une chose en fiducie, ne peut plus en disposer, puisque le mari se trouve évincé par le créancier fiduciaire.

Mais si le débiteur ne peut plus disposer entre vifs de la fiducie (ce mot désigne, en effet, non pas seulement le pacte de *fiducia*, mais aussi la chose remise en gage, et c'est dans ce dernier sens que nous le prenons ici), peut-il du moins la léguer? S'il se sert du *legs per*

damnationem, la question ne fait pas de doute ; rien ne s'y oppose, car ce legs s'applique à tout objet, même à la chose d'autrui. Mais *quid* pour les trois autres formes de legs ? En ce qui concerne le legs *per vindicationem*, la réponse est facile ; pour pouvoir user de cette forme de legs, il faut être propriétaire de l'objet légué, au moment de la confection du testament et au moment de la mort ; le *fiduciæ dans* ne peut donc léguer *per vindicationem* la chose qu'il a aliénée même à titre de fiducie.

Pour le legs *sinendi modo*, la réponse sera la même ; ce legs impose, en effet, une abstention à l'héritier qui n'a d'autre obligation que de ne pas empêcher le légataire de se mettre en possession. Mais pour que le légataire puisse se mettre en possession, encore faut-il que la chose léguée fasse partie du patrimoine du testateur ; c'est là une condition indispensable à l'exercice du legs *sinendi modo*, condition qui fait défaut en ce qui concerne la *fiducia*, et c'est pour cette raison que le *fiduciæ dans* ne peut user de cette disposition testamentaire.

Reste le legs *per præceptionem* ; et, à son sujet, une controverse existait entre les Sabinien et les Proculien sur le point de savoir quels en étaient les effets. Ces derniers, les Proculien, l'assimilaient complètement au legs *per vindicationem* ; pour ceux qui admettent cette théorie, notre réponse a été donnée plus haut. Les Sabinien admettaient une théorie différente ; partant de cette idée que les mots *per præceptionem* indiquaient un prélèvement, ils enseignaient que ce legs supposait plusieurs héritiers, et qu'il ne pouvait être fait qu'à un héritier, jamais à un étranger, puisqu'il était un prélèvement. Pour la même raison également, ils estimaient qu'il était nécessaire que la chose léguée

fasse partie du patrimoine du testateur, au moins au jour du décès. Ce principe devait faire exclure la *fiducia* des objets qui pouvaient être légués de cette façon. Toutefois, ils admettaient une exception, précisément en ce qui concerne la *res fiduciaria*. Et Gaius (1) nous en explique la raison. Les Sabinien s'imaginaient qu'il était de l'office du juge de forcer les cohéritiers du légataire de payer la somme pour laquelle la chose léguée était engagée, afin que, celle-ci étant redevenue libre, le légataire puisse s'en mettre en possession. Le droit de redemander la fiducie, après paiement, est dans la succession; celle-ci peut faire l'objet d'une attribution dans le partage; le légataire a donc le droit d'intenter contre les héritiers l'action *familiæ erciscundæ*, et celle-ci aura pour effet de forcer ses cohéritiers à lui délivrer l'objet auquel il a droit.

Le créancier acquérait donc sur la *fiducia*, la propriété la plus complète, puisque l'ancien propriétaire ne pouvait plus en disposer ni entre vifs ni par testament. En même temps que la propriété, le créancier acquérait aussi l'exercice des actions nécessaires pour se défendre ou pour récupérer la propriété de l'objet. C'est lui, par exemple, qui intente la revendication (2); c'est lui aussi qui a l'exercice de la *condictio furtiva*. Ulpien nous dit à ce sujet (3): « Si, au cas de vol de la chose donnée en fiducie, le créancier a intenté l'*actio furti*, Papinien décide qu'il doit imputer sur le montant de la dette tout ce qu'il a ainsi obtenu; c'est encore

(1) Gaius, ch. II, § 220; — Paul, *Sentent.*, III-VI, 16.

(2) Paul, *Sentent.*, V-XXVI, 4.

(3) Loi 22, *pr. Dig., De pig. act.*, liv. XIII, t. VII.

vrai, même si le vol est imputable à la faute du créancier. Il y a encore plus de raison d'en décider ainsi, pour ce que le créancier obtiendrait en vertu de la *condictio furtiva*. Mais, demandons-nous, s'il faut imputer sur le montant de la dette ce que le débiteur lui-même aurait payé au créancier en vertu de l'*actio furti*, ou de la *condictio*? Certes, la pratique très juste est en ce sens qu'il ne faut pas lui restituer ce qu'il a payé en vertu de l'*actio furti*. Et c'est ce que décide Papinien au livre IX de ses Questions. »

Ce texte prévoit le cas où la *fiducia* a été volée entre les mains du créancier. Celui-ci intente l'*actio furti*, et Ulpien nous apprend qu'il devait imputer sur la valeur de la *fiducia* tout ce qui lui a été payé à la suite de l'exercice de cette action. Si, au lieu de l'action *furti*, il intente la *condictio furtiva*, il y a encore plus de raison d'en décider ainsi (*multo magis hoc erit dicendum*), parce que la *condictio furtiva* pouvait parvenir à faire donner au volé la plus haute valeur qu'ait pu atteindre l'objet du vol, quand le voleur ne pouvait plus le représenter en nature. Le texte prévoit encore le cas où la *fiducia* a été volée non plus par un tiers, mais par le *fiduciæ* dans lui-même. Le créancier dépossédé procède de la même façon ; il agit soit par l'*actio furti*, soit par la *condictio furtiva*, et le rédacteur du texte se demande si, dans ce cas encore, il faut imputer sur la fiducie le produit de l'action ou de la *condictio*. Ce résultat serait inadmissible, car il n'atteindrait pas le coupable qui ne serait pas appauvri. Il doit être traité de la même façon que le voleur ordinaire ; ce qu'il paiera ne sera pas imputé sur la fiducie et profitera en totalité au fiduciaire.

Dans la *fiducia cum creditore*, la *datio* a donc pour effet, suivant les règles générales, de rendre le créancier absolument propriétaire de la *res fiduciaria* et lui donne en même temps l'exercice de toutes les actions qui peuvent lui être nécessaires.

Quant aux effets du *pactum fiduciæ*, ils se déduisent du principe que ce pacte, reposant essentiellement sur la bonne foi, doit engendrer toutes les conséquences qui dérivent *ex æquo et bono* de la volonté des contractants. La principale de ces conséquences est que le créancier est forcé de restituer la *fiducia*, une fois le paiement fait ; il en résulte que tout acte, quel qu'il soit, par lequel le créancier rendrait ce transfert impossible, lui est interdit, bien qu'il soit propriétaire. De plus, le créancier, tenu de restituer la *res fiduciaria*, en est responsable ; mais dans quelle mesure et de quelle façon faut-il apprécier cette responsabilité ? Partant du principe que nous avons énoncé plus haut que le créancier est obligé par un *negotium bonæ fidei*, nous dirons sans hésitation qu'il doit répondre de son dol et de sa faute lourde, c'est le moins qu'on impose à tout débiteur ; à plus forte raison, par conséquent, le créancier fiduciaire doit-il en être tenu. Mais *quid* de la *culpa levis* ? En général, le débiteur répond de la *culpa levis*, toutes les fois que le contrat a été passé dans son intérêt, et même s'il a été passé en même temps dans l'intérêt du créancier.

Or, dans l'espèce, le pacte est évidemment passé à la fois dans l'intérêt du débiteur et dans celui du créancier ; la règle est donc que le fiduciaire sera tenu de sa *culpa levis*. Mais la faute légère peut s'apprécier de deux façons, *in abstracto* ou *in concreto* ; comment faudra-t-il procéder en ce qui concerne la *culpa levis* dont est tenu

le créancier. Un texte de Modestin(1), sans résoudre la question, nous apprend tout au moins que le fiduciaire est tenu de sa faute légère, pour le motif que nous avons indiqué (*quia utriusque contrahentis utilitas intervenit*), et nous indique un moyen de connaître comment devra s'apprécier la *culpa levis* du fiduciaire, puisqu'il assimile la fiducie et l'action *rei uxoriæ*. Or, quelle est la faute qu'on peut reprocher au mari poursuivi par l'action *rei uxoriæ*? Un premier texte (loi 17, *pr. Dig.*, liv. XXIII, t. III) nous apprend qu'il faut considérer seulement la faute appréciée *in concreto* (2). Mais cette doctrine se trouve contredite par la loi 23 (3) (liv. L, t. XVII) au Digeste qui, après avoir énuméré les contrats dans lesquels on met à la charge du débiteur le dol et la faute légère, ajoute dans une parenthèse que, dans certains contrats, il faut considérer la faute *in abstracto*; l'énumération continue après la parenthèse, et il y a lieu de

(1) *Collatio legum mosaicarum et romanarum* (t. X, ch. II, § 2) : « Sed in cæteris quoque partibus juris ista regula custoditur : sic enim et in fiduciæ iudicium et in actionem rei uxoriæ dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit. »

(2) « En ce qui concerne les biens dotaux, le mari est tenu tant de son dol que de sa faute, parce que c'est dans son intérêt qu'il a reçu la dot ; il ne doit cependant apporter dans ce cas que le même soin qu'il apporte dans ses propres affaires. »

(3) « Dans certains contrats on ne tient compte que du dol, dans d'autres tout à la fois du dol et de la faute. Les contrats où l'on ne tient compte que du seul dol sont le dépôt et le précaire ; ceux où l'on tient compte et du dol et de la faute sont le mandat ; le commodat, la vente, la constitution de gage, le louage, la constitution de dot, la tutelle, la gestion d'affaires (dans ceux-là la faute s'apprécie *in abstracto*), la société et l'indivision. Il en est ainsi s'il n'y a été formellement dérogé, etc. »

se demander si celle-ci se rapporte aux contrats qui la précèdent ou à ceux qui la suivent. Il semble, et par la structure de la phrase et par la comparaison des contrats énumérés, que la parenthèse doit se rapporter aux contrats qui la précèdent. Or, parmi ceux-ci se trouve la *dotis datio*, et on doit en induire que le mari tenu de l'action *rei uxoriæ* répond de sa faute appréciée *in abstracto*.

Nous nous trouvons donc en présence de deux textes contradictoires, mais nous donnerons la préférence au premier, d'abord parce qu'il nous semble plus juste d'admettre qu'on n'a rien à reprocher au mari qui a apporté aux biens constitués en dot le même soin qu'au reste de sa fortune, et ensuite parce que la doctrine que nous admettons, celle du premier de ces deux textes se trouve encore confirmée dans la loi 24, § 5, au Digeste, liv. XXIV, t. III, ainsi conçue : « Si un mari s'est montré cruel pour les esclaves à lui donnés en dot, peut-il être rendu responsable? S'il est cruel pour ses propres esclaves il sera responsable *rei uxoriæ*, mais la femme ne pourra le rendre responsable que suivant la diligence qu'il apporte à son propre bien. »

C'est donc de la *culpa levis*, appréciée *in concreto*, que le mari tenu par l'action *rei uxoriæ* doit être responsable. Or, comme nous avons vu plus haut qu'on doit apprécier de la même façon la *culpa levis* dans le cas de l'action en restitution de dot et dans celui de la restitution de la fiducie, nous concluons en disant que le créancier fiduciaire est tenu de la *culpa levis in concreto*.

A côté de la *datio* qui transfère la propriété de la *fiducia*, il faut donc, pour bien comprendre la *fiducia cum creditore*, envisager le *pactum fiduciæ* qui intervient

aussitôt, et dont les effets consistent à interdire au créancier fiduciaire tout acte qui empêcherait le retour de la *res fiduciæ* et le rend responsable de sa *culpa levis* appréciée *in concreto*.

Mais puisqu'il existe certaines obligations dérivant du *pactum fiduciæ*, nous devons étudier quels étaient les moyens donnés aux parties pour en poursuivre l'exécution. De quelle façon, par exemple, le *fiduciæ dans* se fera-t-il restituer la fiducie, quand il aura désintéressé le créancier, si celui-ci ne la lui remet pas de bonne grâce? Comment pourra-t-il obtenir réparation des dommages causés à la *res fiduciæ* pendant son séjour dans le patrimoine du créancier? Comment, à son tour, ce dernier, s'il a fait quelques dépenses pour la conservation ou dans l'intérêt de la fiducie, se les fera-t-il restituer? En un mot, quelle était la sanction du pacte de fiducie?

Pour répondre à cette question, nous devons nous rappeler que le *pactum fiduciæ* est une institution qui, cachée à l'origine, s'est développée peu à peu et a fini par s'imposer, par prendre place dans la législation romaine. Il est évident que cette évolution progressive n'a pas été sans influence sur la sanction de la fiducie. A l'origine, la *fiducia* fut totalement dénuée de sanction; c'était un pacte, c'est-à-dire un accord de volontés sans aucune forme spéciale, et qui, puisqu'il intervenait pour déjouer les principes de la loi, ne pouvait se manifester ouvertement. Mais s'il était dénué de toute sanction juridique, il faut se rappeler que c'était un acte essentiellement de bonne foi; le créancier engageait sa foi, c'est-à-dire promettait de restituer la fiducie s'il était payé. Les Romains attachaient une extrême importance

à ce fait d'engager sa foi; s'il n'y avait pas de lien civil, il existait tout au moins un lien religieux. Or, à cette époque primitive, la religion dominait tout, et c'est ce qui explique comment le *pactum fiduciæ* a pu opérer et exister en l'absence de toute protection juridique.

On objecte à cette théorie que la fiducie ne comportait aucunement, ou, tout au moins, que les textes ne nous en ont laissé aucune preuve. Mais peu importe la matérialité de l'acte en lui-même; le *pactum fiduciæ* était un acte reposant sur la bonne foi, ceci est certain, et le Romain qui avait engagé sa *fides* se considérait comme obligé, tout autant que l'homme qui, à notre époque, prête serment, et aurait cru offenser la Divinité s'il avait manqué à l'obligation qu'il avait contractée (1).

Toutefois, dès cette époque, il était une institution qui servait de sanction à la fiducie, en ce sens, tout au moins, qu'elle était un moyen pour le *fiduciæ* dans de recouvrer la propriété de la *res fiduciæ*. C'était l'*usureceptio*, et Gaius nous en parle de la façon suivante (2): « Si celui qui a donné une chose en fiducie par mancipation ou cession *in jure* vient à posséder cette même chose, il peut l'usucaper par un délai d'un an même s'il s'agit d'une *res soli*; cette espèce d'usucapion s'appelle *usureceptio*, parce qu'ainsi nous recouvrons par usucapion ce qui nous a jadis appartenu. »

(1) *Sic* : Glard, *op. cit.*

(2) Gaius, ch. II, § 59: « Nam qui rem alicui fiduciæ causa mancipio dederit vel in jure cesserit, si eandem ipse possiderit, potest usucapere, anno scilicet, etsi soli sit : quæ species usucapionis dicitur usureceptio quia id quod aliquando habuimus recipimus per usucapionem. »

L'*usureceptio* est donc une usucapion spéciale, et Gaius nous dit qu'elle s'accomplissait en faveur du débiteur, quand celui-ci possédait la *res fiduciæ* pendant une année. Toutefois, cette règle n'a pas une portée générale, et il ne suffisait pas au débiteur de posséder la *fiducia* pour pouvoir l'*usurecipere*. Il était des cas, en effet, où le débiteur, bien que possédant la *fiducia*, ne pouvait l'*usurecipere*. C'était lorsqu'il possédait en vertu d'un précaire ou en vertu d'une location. Il intervenait, en effet, souvent à côté de la fiducie certaines clauses accessoires dont les principales sont le *precarium* et la *locatio*; et voici les motifs qui firent introduire ces deux institutions dans la *fiducia cum creditore*. Le créancier était obligé par le *pactum fiduciæ* de restituer la *res*, mais il n'était nullement tenu de restituer les fruits qu'il avait perçus; il en conservait donc la propriété, et on décida que la perception de ces fruits libérerait le débiteur du paiement des intérêts. Toutefois, cette solution n'était pas conforme à la justice, car la valeur des fruits perçus pouvait être de beaucoup supérieure au montant des intérêts qui étaient dus. D'autre part, le débiteur qui avait aliéné la *fiducia* pouvait subir un préjudice considérable, dans le cas, par exemple, où elle était le seul élément productif de son patrimoine. Pour remédier à cet inconvénient on imagina le précaire; le créancier gardait la propriété de la *res fiduciæ*, mais il en laissait la possession au débiteur; celui-ci pouvait donc en percevoir les fruits (1) (ce qui parfois l'empêchait de tomber dans la

(1) *Precarium est dum prece rogatur creditor permitti debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere* » (Isidore de Séville, *Orig.*, V, ch. xxv, § 17).

misère) et payait au créancier les intérêts qu'il lui devait. Mais le précaire dépendait uniquement de la bonne volonté du créancier qui, du jour au lendemain, pouvait revenir sur sa décision et reprendre au débiteur la possession de la *fiducia* qu'il lui avait concédée. Le débiteur était donc à la merci du créancier; et, c'est afin de lui donner des droits lui garantissant la possession de la *fiducia* quand elle lui avait été remise qu'on substitua le bail au précaire. Le créancier louait au débiteur la *fiducia* dont la possession était garantie entre les mains du locataire par l'action dérivant du contrat de louage.

Or, le débiteur possédant en vertu d'un bail ou d'un précaire ne pouvait *usurecipere*, car il possédait alors pour autrui, et personne ne peut se donner un nouveau titre de possession : *Nemo potest sibi ipse mutare causam possessionis*. Tant que le débiteur n'a pas payé, il ne pouvait acquérir par l'*usureceptio* la propriété de la *res fiducix*; sa possession était viciée. Mais dès que le créancier était désintéressé, le vice disparaissait, et l'*usureceptio* pouvait s'accomplir.

Mais, lorsque le débiteur récupérait la possession de la *fiducia* et que la prise de possession ne résultait pas d'une convention de bail ou de précaire, il pouvait *usurecipere* bien que le créancier ne fût pas désintéressé. C'est ce que nous apprend Gaius : « En sens inverse, on peut s'emparer de la chose d'autrui et l'usucaper, et cependant on ne considère pas cela comme un vol. C'est ainsi que le débiteur qui a mancipé ou cédé sa chose à titre de fiducie pourra, s'il s'en empare, l'usucaper *sine furto*. » Mais le créancier, propriétaire fiduciaire, qui se serait trouvé lésé, pouvait empêcher l'*usureceptio* qui s'accomplissait en constituant un précaire. Cela lui était d'au-

tant plus facile que, pour établir le *precarium*, le constituant n'a pas besoin d'être en possession. « Tout propriétaire, alors même qu'il ne possède pas, peut concéder sa chose à titre de précaire à celui qui déjà la posséderait (1). »

L'*usureceptio* est donc une usucapion spéciale qui peut s'opérer sans juste titre ni bonne foi, et avec ce caractère que son délai est toujours le même : une année. La raison de cette dernière faveur s'explique par une interprétation littérale d'un texte des XII Tables. Cette loi établissait, en effet, un délai de deux ans pour usucaper les fonds de terre et celui d'un an pour le reste. Les Romains, disant que la fiducie pouvait être autre chose qu'un fonds de terre, qu'elle ne pouvait en conséquence être comprise dans la première catégorie, la firent rentrer dans la seconde ; c'est pourquoi le délai est d'un an, quelle que soit la nature de la *res fiduciæ*.

L'*usureceptio* a une origine très ancienne ; nous en voyons la preuve dans ce fait que Gaius la rapproche de l'*usucapio ex prædiaturâ* et que ses règles sont les mêmes. Cette institution remonte au moins à la loi des XII Tables ; et on comprend qu'elle fut conservée et même favorisée en raison des avantages donnés au créancier dans la *fiducia cum creditore*. On voulait réagir contre cette situation ; la fidélité aux vieilles croyances disparaissait, en effet, petit à petit ; le lien religieux n'était plus suffisant, et on comprit bientôt la nécessité de sanctionner d'une façon plus efficace le *pactum fiduciæ*. Les

(1) Dig., De *precario*, loi 43 ; t. XXVI, liv. XVIII : « Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei qui possideat. »

jurisconsultes se mirent à l'œuvre et firent considérer comme un délit la violation de l'obligation morale née de la *fiducie*; ils virent une sorte d'abus de confiance dans cette violation, et sanctionnèrent la *fides* par une action née *ex delicto* qui entraînait une *pœna*, c'est-à-dire une réparation du préjudice causé. Il n'y a là qu'une conjecture, et il n'y a pas de textes qui l'affirment nettement; mais il est permis de le présumer, car en droit romain il y a une foule de rapports juridiques dans lesquels l'action délictuelle a précédé l'action contractuelle. Les Romains faisaient souvent un délit de ce fait qu'une personne trompe la confiance mise en elle. Ainsi le dépôt, avant d'être sanctionné par l'action *depositi directa* ou *contraria*, fut sanctionné par une action reposant sur le fait d'avoir trompé la confiance d'autrui, car celui qui fait le dépôt met sa confiance dans le dépositaire. Il dut en être de même de l'action *fiduciæ*, et ce caractère probable de l'action *fiduciæ* laisse une trace dans le droit classique, car celui qui succombe est noté d'infamie. Cette action délictuelle qui résultait de la *fides rupta* était très rigoureuse, et cependant elle était insuffisante à d'autres points de vue. En effet, elle exigeait du demandeur une preuve assez difficile, la preuve de la *fides rupta*; il fallait prouver la *perfidia*, c'est-à-dire la mauvaise foi; elle n'était plus possible contre les héritiers du défendeur à cause de son caractère de délictuelle; elle punissait très sévèrement, de la part du créancier, la *culpa in faciundo*, c'est-à-dire un fait positif de sa part (destruction de la chose) qui aura rendu la restitution impossible, mais elle ne punissait pas le fait négatif du créancier (omission ou négligence).

Il était donc nécessaire de créer un mode de sanction

plus énergique et plus complet. Ce fut l'œuvre des prudents qui donnèrent l'action *fiduciæ in factum*, action mixte, à la fois *rei et pœnæ persecuendarum causâ*. Cette assertion est confirmée par ce que nous savons du dépôt et du commodat. Dans ces contrats, l'action *in factum* a précédé l'action *in jus*. Gaius nous montre que c'était là la façon d'agir du prêteur (1) : « Ex quibusdam causis prætor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. » Or, il y avait une certaine affinité entre la fiducie, d'une part, et le dépôt et le commodat, d'autre part ; et il est permis de supposer que la marche fut identique dans l'un comme dans les autres de ces contrats ; et, comme nous savons que la fiducie a précédé le dépôt et le commodat, nous pouvons affirmer que l'action *fiduciæ in factum* fut, sinon antérieure, du moins contemporaine des actions *depositi in factum* et *commodati in factum*. « L'existence de l'action *fiduciæ in factum*, dit M. Glard (2), est attestée par de nombreux passages d'auteurs de l'époque classique, notamment de Julien et d'Ulpien parlant au présent ; ceux-ci n'auraient eu aucune raison de s'occuper de la *demonstratio in factum* de l'*actio*, si elle n'avait été alors possible ; il y avait donc concours de cette *actio in factum* et de l'*actio in jus* dont nous parlerons tout à l'heure. Or, l'*actio in factum* n'aurait pas eu de raison d'être depuis la création de l'*actio in jus* ; elle a donc dû la précéder et elle l'a précédée en effet. »

Cette action *in factum*, en effet, n'était qu'une action *in jus*, et, suivant l'évolution générale, elle fut bientôt

(1) Gaius, ch. IV, § 47.

(2) Glard, *op. cit.*, p. 117.

consacrée par la loi civile ; elle se transforma en action *in jus* ; c'est ce que nous prouvent les textes qui la rangent parmi les actions de bonne foi, car c'est là une division appartenant au seul droit civil. Cette action *fiduciæ in jus* était donc une action de bonne foi qui avait, en outre, le caractère d'arbitraire par analogie avec les actions *depositi*, *rei uxoriæ* etc. L'*arbitrium judicis* ordonnera les restitutions qui consisteront dans la retranslation de la chose et les indemnités ; le créancier devait, en effet, fournir la caution *de dolo*, caution de la promesse qu'il faisait de réparer le dommage qui proviendrait de son dol (s'il aliénait la chose, on constituait sur elle des droits réels). La *cautio de dolo* venait donc renforcer l'*actio fiduciæ directa*. L'action *fiduciæ* en effet, comme toutes les actions qui accompagnent un contrat, se présente à nous sous une double face : action *fiduciæ directa*, action *fiduciæ contraria*. La première avait pour but de sanctionner les obligations du créancier fiduciaire dont la principale était de retransférer la propriété de la *fiducia* au débiteur qui l'avait désintéressé ; elle offrait, en outre, cette particularité qu'elle emportait la note d'infamie contre le débiteur qui avait succombé ; c'était là un vestige du caractère délictuel qu'elle avait à l'origine.

L'action *fiduciæ contraria* offre les mêmes caractères que l'*actio directa* ; elle est de bonne foi, *in jus*, personnelle, arbitraire, et a pour effet de sanctionner les obligations du *fiduciæ dans* qui peut se trouver le débiteur du créancier fiduciaire, si celui-ci a fait des dépenses destinées à améliorer la fiducie (1), qui peut même lui

(1) Paul, *Sent.*, liv. II, t. XIII, § 7 : « Si creditor rem fiduciarium

devoir des dommages-intérêts s'il lui a remis une chose capable de lui nuire.

Cette action *fiduciæ in jus* était-elle transmissible, soit passivement, c'est-à-dire contre les héritiers du créancier, soit activement, c'est-à-dire au profit des héritiers du débiteur qui est le demandeur ?

Pour la transmissibilité passive il n'y a pas de doute ; l'action *fiduciæ* était transmissible contre les héritiers du défendeur, c'est-à-dire du créancier fiduciaire. « Si le créancier a légué à un étranger ou à un de ses héritiers la chose qui lui avait été remise en fiducie, l'action *fiduciæ* n'en compète pas moins contre tous ses héritiers (1). » La transmissibilité active semble résulter d'un texte de Gaius (§ 220, Com. 2) : Ce texte nous dit que le débiteur, bien que n'étant pas propriétaire de la chose qu'il a donnée en fiducie, peut léguer cette chose *per præceptionem* à un de ses héritiers ; et il nous dit que l'office du juge pourra être de forcer les différents héritiers du testateur à payer au créancier fiduciaire la somme qui lui est due pour dégager la chose et la faire revenir dans la masse héréditaire, afin que le légataire puisse l'y aller chercher. Si les différents héritiers du testateur peuvent être ainsi forcés de désintéresser le créancier, il semble évident qu'ils pourraient intenter contre ce dernier l'action *fiduciæ* pour obtenir de lui la restitution de la chose, et par suite l'action *fiduciæ* serait transmissible activement. Mais un texte de Paul dit que les héritiers du dé-

fecerit melicrem, ob ea recuperanda quæ impendit, iudicio fiduciæ debitorem habebit obnoxium. »

(1) Paul, *Sent.* liv. II, t. XIII, § 6 : « Si creditor rem fiduciæ datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adversus omnes heredes actio fiduciæ competit. »

biteur n'ont d'action contre le créancier qui a vendu le gage ou la fiducie que dans le cas où l'action aurait été intentée par le testateur lui-même (1). On a donné plusieurs explications de ce texte. Les uns prétendent que c'était là un vestige du caractère délictuel primitif de l'action *fiduciæ* ; cette interprétation n'est pas exacte, car la solution donnée par Paul est spéciale à l'aliénation fiduciaire, et non aux autres hypothèses nombreuses dans lesquelles intervient le *pactum fiduciæ* ; et même, dans ce cas spécial, il précise le cas de la vente de l'objet du gage. Une autre opinion prétend que Paul a écrit ce texte en vue d'un cas particulier, à savoir que, si le débiteur ne payait pas avant sa mort, le créancier deviendrait propriétaire incommutable de l'objet du gage et pourrait le vendre à son gré pour se payer sur le prix. Mais c'est là une conjecture que rien ne vient démontrer. Une troisième interprétation, à laquelle nous nous rangeons, consiste à dire que Paul a émis une idée qui lui était personnelle ; ceci nous paraît d'autant plus plausible que Paul avait des idées originales et particulières en matière de transmissibilité d'actions. Nous dirons donc que l'action *fiduciæ* était transmissible activement et passivement.

Après avoir créé cette action, le droit romain avait accompli le cycle des améliorations qu'il pouvait réaliser au sujet du *pactum fiduciæ*. Cependant même, lorsqu'elle fut dotée de l'action *fiduciæ*, la fiducie était un mode de

(1) *Consult. veter. cujusd. jurisconsult.*, ch. vi, § 8, liv. II. — *Sent. Pauli*, tit. *ex empho et vendito* : « Heredibus debitoris adversus creditorem qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, ni a testore inchoata ad eos transmissa sit. »

sûreté très gênant qui avait plusieurs inconvénients, lesquels ne pouvaient lui être enlevés, parce qu'ils tenaient à la nature même, à l'essence de cette institution. C'est ainsi que le débiteur était sacrifié au créancier, par cette règle de l'aliénation fiduciaire qui l'obligeait à transférer la propriété de la *res fiduciæ*. D'autre part, le même objet ne pouvait servir qu'une fois ; lorsqu'il était affecté à la garantie d'une créance, il ne pouvait plus fournir aucun crédit au débiteur, quelle que soit la disproportion qui pouvait exister entre sa valeur et le montant de la créance à la sûreté de laquelle il était affecté. Tous ces défauts ne pouvant être supprimés, les Romains imaginèrent un nouveau mode de sûreté, le *pignus*, qui est un progrès sensible dans l'histoire des sûretés réelles. Mais, remarquons-le, la fiducie ne disparut pas au moment de l'apparition du *pignus* ; elle subsista à côté de lui et continua à être employée dans la pratique. Elle existait encore au moment de l'hypothèque ; en effet, les jurisconsultes qui existaient au moment même du plein développement de cette institution parlent du pacte de fiducie comme d'une institution contemporaine. Et, pour l'expliquer, il ne suffit pas d'invoquer l'esprit essentiellement conservateur des Romains, la fiducie présentait en effet plusieurs avantages ; elle donnait au créancier la garantie la plus énergique qu'on puisse trouver : la propriété. En outre, elle réalisait, ou à peu près du moins, la publicité et la spécialité que nous considérons aujourd'hui comme deux conditions essentielles à tout bon instrument de crédit. La spécialité tenait à la forme même de la fiducie qui se réalisait, nous l'avons vu, par la *mancipatio* ou la *cessio in jure* qui sont spéciales, en ce sens qu'on ne pouvait céder par elles qu'un seul

objet à la fois. La publicité résultait également de ce que la *mancipatio* ou la *cessio in jure* sont tous les deux des actes essentiellement publics, puisqu'ils exigent la présence du *libripens* et de plusieurs témoins. Toutefois, la fiducie devait disparaître complètement sous l'influence de nouveaux principes; au temps de Justinien en effet, il n'existait plus de modes solennels de transfert de propriété, partant, plus de fiducie; puis cet empereur permit l'aliénation *ad tempus*; aussi à cette époque, la fiducie classique avait-elle vécu; et c'est sans doute pour cela que les commissaires de Justinien effacèrent le mot *fiducia* de tous les textes qui en traitaient afin de le remplacer par le nom des institutions auxquelles elle avait donné naissance: gage ou hypothèque.

CHAPITRE II

Du gage

SECTION I

ÉLÉMENTS DU CONTRAT DE GAGE

Lorsqu'ils eurent vraiment compris les nombreuses imperfections que présentait la fiducie comme sûreté réelle, les Romains, pour y suppléer, imaginèrent le contrat de gage qui ne transfère pas la propriété. Ce contrat qui porte le nom de *pignus* dut intervenir tout d'abord pour les dettes de peu de valeur et pour celles à brève échéance, qui, en raison de leur minime importance, n'exigeaient pas une mancipation fiduciaire. Ensuite, les lois romaines le perfectionnèrent très rapidement, et l'usage du *pignus* devient bientôt très répandu. Le gage est un contrat réel qui se constitue par la tradition, par une *nuda traditio*. C'est un contrat synallagmatique imparfait, et il a, en outre, le caractère de contrat de bonne foi. Les règles concernant la constitution du contrat de gage se réfèrent au consentement des parties, à la cause, à la capacité des parties et à l'objet du contrat.

A. Consentement des parties

Le *pignus* étant un contrat réel, nous en concluons

que le consentement est nécessaire à sa formation, mais qu'il ne suffirait pas à lui seul, à donner la vie au contrat. Toutefois, on a soutenu que le gage n'était pas un contrat *re*, et que le consentement des parties suffisait à sa formation. Ce système repose sur la loi 1 au Digeste (liv. XIII, 7) (1) : « Le droit de gage se constitue, non seulement par la tradition, mais encore par la convention, bien que la chose ne soit pas livrée. »

Ce texte peut s'expliquer par les paragraphes qui suivent, notamment le § 1^{er} ainsi conçu : « Puisque le gage s'établit par une simple convention, voyons si celui qui aurait montré un objet en or, comme voulant le donner en gage à son créancier, et qui en aurait donné un en cuivre aura engagé l'or; il est conforme aux principes que l'or, et non le cuivre, soit obligé, car ce n'est pas sur le cuivre qu'a porté le consentement des parties. »

Une première interprétation dit qu'il y a des cas où la tradition visée, celle qui était dans l'esprit des parties n'ayant pas eu lieu, la chose promise sera cependant engagée (dans le texte cité, l'objet en or serait engagé) parceque, dit-on, le *pignus* est un contrat de bonne foi. Le texte cité plus haut cite l'exemple d'un de ces cas exceptionnels; il doit être considéré comme tel, et non pas comme comprenant la règle générale.

Un autre système que nous préférons explique le texte cité, en disant que, le gage et l'hypothèque ayant fini par se confondre, les juriconsultes employèrent le mot *pignus* pour désigner l'un et l'autre, de telle sorte que, dans certains documents, le mot *pignus* est employé

(1) « *Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventionione, etsi non traditum est.* »

alors qu'en réalité il s'agit de l'hypothèque. C'est le cas dans l'espèce, ainsi que l'estime M. Accarias (1).

Dans l'esprit des parties, l'obligation de rendre est une obligation accessoire, et l'obligation principale est préexistante ou future. Mais, si l'obligation principale ne se forme pas, l'obligation accessoire prendra-t-elle naissance? Oui, car elle aura l'utilité de donner à celui qui a remis le gage l'action *pignoratitia directa* pour se le faire restituer, et à celui qui l'aura reçu l'action *pignoratitia contraria* pour se faire donner une indemnité s'il y a lieu. Si l'obligation accessoire ne prenait pas naissance, le constituant n'aurait que l'action en revendication avec les difficultés de preuve qui lui sont inhérentes, et cette action ne lui donnerait pas réparation du préjudice. Le consentement doit exister véritablement pour la formation du gage, et selon les règles qui sont générales pour tous les contrats, il doit être exempt des vices qui pourraient lui porter atteinte (dol, violence, erreur).

B. — De la cause.

Avant la remise de l'objet, et bien que les parties soient d'accord pour constituer un gage, le contrat de *pignus* ne s'est pas formé, car c'est un contrat qui se forme *re*. La *res* du contrat, la *causa* qui est nécessaire à sa formation réside, en effet, dans la *traditio*. Nous avons dit plus haut qu'il s'agissait dans le *pignus* d'une *nuda traditio*, c'est-à-dire d'une *traditio* qui « consiste à remettre

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. 2.

volontairement à un tiers la détention matérielle de la chose sans abdiquer l'*animus domini* » (1).

Ces derniers mots (sans abdiquer l'*animus domini*) pourraient faire croire qu'il faut être propriétaire de l'objet remis en gage ; mais il en est rien, et le contrat peut intervenir valablement au sujet d'un objet livré par une personne qui n'en est point propriétaire (2). Les textes nous enseignent d'une façon très nette que les actions *pignoris directa* et *pignoris contraria* prennent naissance dans cette hypothèse ; c'est donc que le contrat de gage s'est formé. Mais, dans ce cas, le véritable propriétaire est admis à revendiquer son bien entre les mains du créancier, et, si le *tradens* était un voleur, la restitution du gage qu'il peut obtenir par l'action *pignoratitia* cesse de lui être due dès que le vrai propriétaire a revendiqué son bien au créancier ; et le créancier gagiste se retournera contre le *tradens*, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi (loi 16, au *Dig.*, liv. XIII, t. 7).

Mais si la chose engagée par le débiteur au créancier appartient au créancier lui-même, le contrat va-t-il se former ? En principe, non. « Il est impossible que le contrat de gage puisse avoir lieu relativement à une chose appartenant au créancier (3). » Toutefois, il ne faut pas prendre cette affirmation à la lettre, cela serait exagéré ; il est certain que le contrat de gage prendra naissance, lorsque le *tradens* détient la chose appartenant au créan-

(1) Accarias, t. I, § 225.

(2) Loi 9, *Dig.*, pr., et § 4, liv. XIII, t. 7 : « Si mon débiteur m'a donné en gage la chose d'autrui, l'action *pignoris contraria* est née contre lui. — Celui-là pourra aussi user de l'action *pignoris directa*. »

(3) Loi 45, D. 50, 17.

cier, en vertu d'un titre certain qu'il peut lui opposer, par exemple comme locataire.

Le gage étant un contrat accessoire doit suivre les différentes modalités du contrat principal. Si la créance garantie est à terme, la constitution de gage, il est vrai, sera valable *hic et nunc*, mais le *pignus* ne pourra avoir un effet quelconque qu'à l'échéance de la dette. De même, si la créance que le gage a pour but de garantir est conditionnelle, tant que la condition ne sera pas réalisée, mais pourra encore l'être, le sort du *pignus*, comme celui du contrat principal, est indéterminé. La condition se réalise-t-elle, le gage est valable à partir du jour de sa constitution ; la condition vient-elle à défaillir, le gage suit le sort du contrat principal ; il est censé n'avoir jamais existé.

Le *pignus* peut être constitué pour sûreté d'une créance qui n'a pas d'existence *jure civili*, qui résulte d'une obligation naturelle (loi 13, au *Dig.*, XIII, 6)(1) : « L'esclave, en effet, sera tenu par une obligation naturelle... et le gage donné pour lui sera valable. »

C. — Capacité des parties

Toutes personnes capables de passer un contrat n'ont pas, par là même, la capacité de former un contrat de gage, il faut, outre la capacité de s'obliger, celle d'aliéner la chose sur laquelle repose le droit de gage. Le pupille qui ne peut rendre sa condition pire n'a pas le

(1) Naturaliter etiam servus obligatur... et pignus pro eo datum tenetur.

pouvoir de donner un gage, car la constitution de gage entraîne une aliénation éventuelle (sinon à l'origine, tout au moins à la période classique), et aliéner c'est faire sa condition pire. De même le mari ne peut engager l'immeuble dotal, le soldat ses armes, le prêtre les vases sacrés, car ils n'ont pas le pouvoir d'aliéner ces objets. La femme qui était capable autrefois de passer tous contrats reçut une grave atteinte à ce pouvoir par le sénatus-consulte Velléien, lequel défendit aux femmes de s'engager pour autrui. Il fut donc interdit à la femme de constituer un *pignus*, quand cette constitution de gage servait à garantir la dette d'autrui.

Les fils de famille et les esclaves, lorsqu'ils eurent l'autorisation de posséder des pécules, eurent le droit de donner en gage les biens qui en faisaient partie (1). Toutefois, remarquons qu'ils n'avaient le droit d'aliéner qu'à titre onéreux, ils ne pouvaient donc donner un gage pour autrui. Le sénatus-consulte Macédonien, qui apporta d'importantes restrictions au droit des fils de famille, ne dit rien au sujet des constitutions de gage; nous en concluons que, chaque fois que les contrats passés par le fils de famille étaient valables, la constitution de gage, pour garantir ces obligations, était permise.

Pouvait-on passer un *pignus* par l'intermédiaire d'une tierce personne? Nous entendons par là, non pas une personne dont le rôle se bornerait à transmettre l'objet; là il n'y a aucun doute, mais une personne agissant

(1) Loi 18, § 4, D. XIII, 7 : « Servus rem peculiarem si pignori dederit tuendum est, si liberam peculii administrationem habuit; nam et alienare eas res potest. »

Marcien, loi suivante : « Eodem et de filiofamilias dicto intelligemus. »

comme en son propre nom et fixant les bases du contrat. Ainsi je charge Titius, d'une façon générale, de passer avec mes créancier tel *pignus* qu'il croira bon de contracter. Aurai-je l'action *pignoratitia directa*, et aura-t-on contre moi l'action *pignoratitia contraria*? Non, car la représentation n'existait pas à Rome; à l'origine, on ne pouvait, par mandataire, passer un contrat de *pignus*. Un texte l'établit formellement, loi 6, § 6, *Dig.*, liv. XIII, t. 7 : « Par une personne libre, l'obligation d'un gage ne peut nous être acquise, ni par un mandataire, ni par un tuteur. Donc ce serait le mandataire ou le tuteur lui-même qui seront poursuivis par l'action *pignoratitia*, et cette solution n'a pas été changée par la règle établie par notre empereur, règle d'après laquelle la possession peut nous être acquise par un tiers, car cette règle conduit simplement à dire que, relativement à une chose affectée en gage à notre profit, nous pouvons en acquérir la possession par un mandataire ou un tuteur; mais quant à l'obligation du gage, nous ne pouvons l'acquérir ni par un mandataire ni par un tuteur. »

Il est question, dans ce texte, de l'action *pignoratitia* qui désigne à la fois l'action personnelle dérivant du contrat de gage et l'action réelle qui est la sanction du droit réel d'hypothèque. Quel sens faut-il lui donner ici? Le texte s'applique-t-il au gage ou à l'hypothèque? Le texte se réfère bien au gage, et l'action *pignoratitia* désigne l'action personnelle qui en dérive. Il est dit, en effet, que cette action sera dirigée contre le mandataire qui est titulaire du droit; donc, il ne peut s'agir de l'action *in rem*. Nous remarquerons, en outre, que l'action *in rem* ne désigne pas le défendeur; or, ici on le désigne, puisque le texte dit que l'action sera dirigée non pas

contre le mandant, mais contre le mandataire. C'est donc bien de l'action personnelle et du gage, par conséquent, qu'il s'agit.

Il est fait allusion dans ce texte à un rescrit de Septime Sévère ainsi conçu (1) : « Nous pouvons acquérir la possession, non seulement par nous-même, mais par l'intermédiaire d'un tiers. » Le principe de la non-représentation recevait ainsi un échec en ce qui concernait la théorie de la possession; et l'auteur du texte prévoit l'objection qu'on aurait pu en tirer; on aurait pu dire, puisque la possession peut être acquise par un tiers : le gage dont l'un des éléments est la possession peut donc être réalisé par un tiers. Cette objection n'est pas fondée, dit le texte, *nec obstat*; car le créancier gagiste ne reçoit pas vraiment la possession de la chose; le débiteur continue à pouvoir usucaper; donc toute la possession n'est pas entre les mains du créancier.

Dans la même loi, un autre paragraphe se réfère à la même opération, mais avec les rôles renversés (2) : « Si, moi étant débiteur, mon mandataire donne une chose en gage en mon nom, c'est lui qui pourra agir pour l'action *pignoratitia*. » Ainsi, de même que nous avons vu dans le § 6 que l'action *pignoratitia* était conférée au mandataire du créancier lui-même, de même nous voyons dans le § 7 que l'action dérivant du contrat est également donnée, dans le cas inverse, au mandataire du débiteur, et non au débiteur mandant.

(1) I, Code, liv. VII, tit. XXXII : « Per liberam personam ignorantem, quoque acquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis quam jure prudentia receptum est. »

(2) Loi 11, Dig., liv. XIII, t. VII, § 7.

Mais sous Justinien une réforme fut opérée (II, *Code*, liv. IV, t. 27) (1) : « Si une somme a été comptée par une personne libre au nom d'autrui, la créance est acquise à celui au nom duquel l'argent a été prêté, mais l'hypothèque ou l'engagement des biens remis au mandataire n'appartient pas au maître du contrat ; repoussant cette différence, nous avons décidé que la *condictio ex mutuo* et l'action hypothécaire et le droit de gage naîtraient *ipso jure* dans la personne du mandant. »

Justinien, dans ce texte, prévoit le cas suivant : Voici un mandataire qui, parlant au nom du mandant, contracte un prêt avec un tiers ; ce mandataire obtient de l'emprunteur un gage ou une hypothèque ; la créance garantie par la *condictio ex mutuo*, s'établit sur la tête du mandant mais les droits résultant du gage ou de l'hypothèque s'arrêtent sur la tête du mandataire. L'empereur supprime cette distinction : *talem differentiam expellentes, sancimus*, etc., et, dans la dernière phrase, il se demande, en effet, pourquoi, puisque la loi impose au mandataire l'obligation de céder au mandant l'action principale du contrat, le maître, le mandant n'aurait pas non plus les

(1) Cum per liberam personam si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiratur, quidem ei cujus nomine pecunia credita est per hujusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca, vel pignus eorum, quæ procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus acquiritur, talem differentiam expellentes sancimus et conductionem et hypothecariam actionem vel pignus, ipso jure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est domino contractus cedere actionem : quare quemadmodum ab initio in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem, seu pignoris vinculum vel retentionem sibi acquisitum?

actions dérivant du gage ou de l'hypothèque destinée à le sanctionner.

Dans cette hypothèse, Justinien ne se place qu'au point de vue actif; l'action *pignoratitia directa* appartient au mandant; mais comme il parle en citant un exemple, et que, par là même, il dit ce qui est nécessaire pour la solution du cas qu'il indique, mais rien de plus, on peut se demander contre qui sera dirigée l'action *contraria*, contre qui agiront les débiteurs en cas de nécessité. Nous pensons que du silence du texte à ce sujet, et des termes dont s'est servi l'empereur « *talem differentiam expellentes* », on doit induire que la règle qu'il pose a toutes les conséquences qu'on peut en tirer; par suite que les débiteurs agiront contre le mandant lui-même. Toutefois, remarquons-le, cette réforme de Justinien n'a pas une portée générale : le texte, en effet, vise spécialement le cas de *mutuum*; donc, lorsqu'il s'agira de tout autre contrat que celui de prêt, nous retombons sous l'empire de la règle générale, le droit de gage ne peut être acquis par mandataire; les actions qui le sanctionnent s'arrêtent alors sur la personne du procureur.

D. — De l'objet

Gaius pose le principe qui gouverne cette matière, quand il dit : « Tout ce qui peut être acheté ou vendu peut faire l'objet d'un contrat de gage (1). » Ce principe

(1) Loi 9, *Dig.*, XX, 1 : « Quod emptionem venditionemque recipit etiam pignorationem recipere potest.

exclut donc tout d'abord les choses qui sont *extra commercium*, c'est-à-dire les *res communes, publicæ religiosæ*. Mais à part cette distinction, la formule est on ne peut plus générale ; tout objet mobilier ou immobilier, du moment qu'il peut être acheté ou vendu, peut être remis en gage. Cependant, hâtons-nous de dire que, pour qu'une chose puisse être remise en gage, il faut qu'elle soit susceptible de tradition. Il y avait donc, à l'origine, toute une catégorie de choses qui ne pouvaient être remises en gage ; les choses incorporelles, car les textes primitifs sont très nets à ce sujet-ci (1). « Il est évident que les choses incorporelles ne peuvent être acquises par la tradition ou par l'usucapion. » Mais sous l'influence du prêteur, le droit civil admit que les choses incorporelles pouvaient faire l'objet d'une quasi-tradition, comme il reconnut également qu'elles pouvaient faire l'objet d'une quasi-possession ; aussi devinrent-elles, par là même, susceptibles d'être données en gage. C'est ainsi que nous voyons faire l'objet de ce contrat des droits d'emphytéose, de superficie, des servitudes (2). L'objet remis en gage peut lui-même

(1) Loi 43, *Dig.*, XLI, 1 : « Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est ».

(2) *Pandectæ Justinianæ*, liv. XX, t. 1 : « Non solum res corporales, sed et incorporales pignori dari possunt. Ususfructus an possit pignori hypothecæ dari, quæsitum est : sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui solum usumfructum habet ? Et, scribit Papinianus, libro XI Responsarum, tutendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere non esse ei jus uti-frui, invito se, tali exceptione eum prætor tuebitur si non inter creditorem et eum ad quem ususfructus pertinet convenerit ut ususfructus pignori sit. Nam et cum emptorem ususfructus tuetur prætor, cur non et creditorem tuebitur ? Eadem ratione et debitori abjicietur exceptio. »

faire l'objet d'un nouveau contrat. Si le créancier à qui on a remis un gage a besoin, à son tour, de crédit, il peut se servir de l'objet sur lequel il a un droit de gage pour garantir la dette qu'il contracte; c'est ce que nous dit la loi 1 au Code, liv. VIII, tit. 24, *Etiam id quod pignori obligatum est a creditore pignori abstringi posse jamdudum placuit*. Mais on ne peut conférer à un tiers plus de droits qu'on n'en a soi-même : « Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet. » Si donc le premier contrat de nantissement vient à prendre fin, le second contrat de gage tombe également.

Remarquons encore que tous les accessoires du *pignus* et toutes les augmentations qui peuvent survenir sont frappés du droit de gage; le croît des troupeaux, la propriété acquise par alluvion, s'ajoutaient ainsi aux animaux ou aux biens qui avaient été remis en nantissement (1). Et le droit du créancier sur le *pignus* était même tellement fort qu'il survivait aux différentes transformations que venait à subir celui-ci. C'est ainsi que la loi 29 au Dig., liv. XX, nous apprend que, lorsqu'une maison a été remise en gage et qu'elle est ensuite détruite, le sol sur lequel elle était construite reste en nantissement au créancier. Bien plus, si une nouvelle construction vient à être élevée sur cet emplacement, elle est aussitôt frappée du droit de gage qui existait sur l'ancienne maison (2); mais, si la construc-

(1) Pour le *partus ancillæ* cependant, il fallait une convention spéciale. Paul, *Sentent.*, liv. II, t. V, § 2 : « Fœtus vel partus ejus rei quæ pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit. »

(2) Loi 29, *Dig.*, liv. XX, t. 1, § 2 : « Domus pignori data exusta est eamque aream emit Titius et extruxit : quæsitum est de jure pigno-

teur est de bonne foi, le droit de celui-ci passera avant celui du créancier gagiste, qui devra tout d'abord laisser désintéresser le constructeur de la plus-valeur qu'il aura donnée au gage. Toutefois, il ne faut pas exagérer la portée de cette règle, et, chaque fois que les transformations auront été telles que la substance du *pignus* sera changée et qu'on ne pourra plus le reconnaître, le droit de gage se trouvera éteint (1).

SECTION II

DES EFFETS DU CONTRAT DE GAGE

Le contrat de gage est un contrat synallagmatique imparfait, c'est à-dire qu'il rentre dans la classe de ces contrats qui, dès l'origine imposent des obligations à l'une des parties, l'autre contractant pouvant seulement se trouver obligé par suite de faits postérieurs. Le créancier, à qui on remet le gage, se trouve, dès la formation du contrat, tenu de trois obligations. La première consiste à rendre la chose livrée; c'est une obligation qui n'est pas exigible de suite, mais qui existe cependant immédiatement; le gage devra être restitué par le créancier le jour où celui-ci aura reçu satisfaction d'une façon quelconque. Ulpien nous indique cette

ris? Paulus respondit pignoris persecutionem perseverare, et ideo jus soli superficiem secutam vide i, id est, cum jure pignoris, sed bona fide, possessores non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere quam sumptus in extructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est recipere. »

(1) *Sic*, loi 18, § 3, *Dig.*, XIII, 7.

règle en nous expliquant ce qu'il faut entendre par cette expression : *recevoir satisfaction* (loi 9, § 3, *Dig.*, liv. XIII, t. 7) (1) : « Il faut que tout l'argent ait été payé au créancier, ou que celui-ci ait été satisfait, pour que l'action *pignoratitia* prenne naissance. Il y a satisfaction toutes les fois que le créancier a consenti quelque chose autre que le paiement ; par exemple, s'il a fait remise du gage contre argent, s'il a accepté d'autres sûretés réelles ou des fidéjusseurs ou un prix quelconque, l'action *pignoratitia* naît alors. Et, en général, il faudra dire que, toutes les fois que le créancier a renoncé à son gage, il est considéré comme satisfait... » Le créancier est-il tenu de restituer les fruits de l'objet qui lui a été remis en gage ? Si le contrat de *pignus* était accompagné d'antichrèse, le créancier gagiste n'en doit pas tenir compte, sinon il doit les imputer tout d'abord sur les intérêts, puis sur le capital, et rendre l'excédent s'il y en a.

Cette obligation de restituer cesse lorsque le créancier use régulièrement du droit de vendre le *pignus*. Si la vente a donné un prix égal ou inférieur à la créance, il n'en doit rien, si elle a produit plus, le créancier est tenu de verser au débiteur tout ce qui excède le montant de la dette.

La seconde obligation dont est tenu le créancier est celle de ne pas user du *pignus*, sous peine de commettre

(1) *Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse ut noscatur pignoratitia actio. Satisfactum autem accipimus quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum sive aliis pignori-bus, sibi caveri voluit ut ab hoc recedat ; sine fidejussoribus, sine reo dato, sine pretio aliquo, vel nuda conventionione nascitur pignoratitia actio. Et generaliter dicendum erit quotiens recidere voluit creditor pignore videri ei satisfactum... »*

un *furtum* (1). Il y a, dans ce cas-là, un *furtum usus* semblable à celui que commettraient le commodataire et le dépositaire qui useraient de l'objet qu'ils ont entre les mains, contrairement aux lois du contrat. Le débiteur aurait donc alors deux actions, l'action *pignoratitia directa* et l'action *furti* qui se cumuleraient à son profit contre le créancier, l'une *rei*, l'autre *pœnæ persecutoria*. Cependant les textes nous fournissent l'exemple de certains cas où le créancier peut user du *pignus*. La loi 23 au Digeste (liv. XX, t. 1) nous dit que le créancier peut louer les biens qui lui ont été donnés en gage (2). Pour expliquer cette contradiction apparente qui existe entre les deux textes que nous venons de citer, il faut faire intervenir la troisième obligation dont est tenu le créancier gagiste; celui-ci répond de sa faute *in abstracto*. Le créancier doit donc faire tous les actes qu'exige l'intérêt du débiteur; il doit percevoir les fruits, veiller à ce que les servitudes ne s'éteignent pas, etc. Donc, si le *pignus* consiste en immeubles donnés à bail et que la fin du bail arrive pendant que la maison ou les fonds sont engagés en nantissement, le créancier doit passer un nouveau bail. En résumé, le créancier ne peut user du *pignus* dans son intérêt, mais il peut et il doit même le faire chaque fois que l'intérêt du débiteur le demande. Nous avons dit, incidemment, que le créancier gagiste répondait de sa faute; il est tenu en effet, lorsqu'il est payé, de restituer le *pignus* dans l'état où il l'a reçu (3), et c'est

(1) Loi 54, *Dig.*, XLVII, t. II : « Si pignore creditor utatur, furti tenetur. »

(2) « Creditor prædia sibi obligata ex causâ pignoris locare recte poterit. »

(3) « Pignoratitia actione tenetur debitori creditor, ut debito soluto

là la troisième obligation engendrée par le contrat. Mais ici encore, nous trouvons la question qui se pose toujours lorsqu'il s'agit de *culpa*. Comment faut-il apprécier la faute dont a pu se rendre coupable le créancier? Nous croyons qu'il doit répondre de sa faute appréciée *in abstracto*. Ulpien en effet, dans la loi 13 au Digeste (liv. XIII, t. 7), nous parle du cas où le créancier a vendu le *pignus*; il est responsable de la *custodia*, dit-il, et de la faute comme dans le commodat (1). Et le texte ajoute cette règle générale. Le cas fortuit ne donne pas lieu à action contre le créancier. Nous devons donc examiner comment est appréciée la faute en matière de commodat. La loi 18 (D., liv. XIII, t. 6) nous répond : « Dans le commodat il faut que le commodataire ait un soin semblable à celui qu'un *diligentissimus paterfamilias* apporte dans la gestion de ses intérêts (2). » Cette opinion qui estime que la *culpa* du créancier gagiste doit être appréciée *in concreto* c'est, du reste, celle qui est admise par les commentateurs (3) bien qu'on ait essayé de tirer quelques objections du § 4, liv. III, t. 14 des Institutes qui semble

pignus debitori integrum reddat et tale quale accepit » Hugonis Donelli *Commentarius*, ad tit. XIV, liv. VIII, C.

(1) « Venit autem in hâc actione et dolus et culpa, ut in commodato venit et custodia, vis major non venit. »

(2) « In rebus commodatis, talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. »

(3) Hugoni Donelli *Commentarius*, *loc. cit.* : « Sin aliter ista contigerunt, placet omnimodo creditorem teneri sine dolo ejus factum sit, sine culpa nec solum ea culpa quæ in faciendo sit, sed etiam quæ in negligendo quæ posterior custodiæ exhibendæ verbo hic significatur; dum scilicet ipse rem corrumpi aut amitti patitur eam custodiam et diligentiam non adhibendo quæ a diligente patrefamilias adhiberi potest. »

apprécier plus sévèrement les obligations du commoda-taire que celles du créancier gagiste.

Le constituant, de son côté, doit s'abstenir de tout dol et de toute faute; cela tient à ce que le contrat est de bonne foi et qu'il est aussi bien dans son intérêt que dans celui du créancier. Ceci ne souffre aucune difficulté (1) (loi 1, D., liv. XIII, t. 7) : « Si un individu donne du cuivre en gage, en affirmant que c'est de l'or et le livre ainsi, le cuivre est-il vraiment engagé? Oui, car il y a eu consentement sur le corps engagé; mais celui qui a donné ce gage est tenu de l'action *pignoris contraria* indépendamment des poursuites pour stellionat. » Mais c'est là une règle générale qui doit être appliquée dans tous les contrats; la seule obligation qui, dans certains cas, peut être imposée au débiteur par le contrat de gage est celle de rembourser le créancier des dépenses que celui-ci peut avoir faites pour le *pignus* quand il le possédait. C'est, comme on le voit, une obligation qui peut ne pas se présenter (et c'est pour cette raison que le contrat de gage est un contrat synallagmatique imparfait); à l'origine, le débiteur ne contracte aucune obligation spéciale, en donnant un gage à son créancier; et c'est seulement par la suite, si ce dernier a fait des dépenses pour le *pignus*, que le débiteur se trouve tenu de les lui rembourser. Mais il faut distinguer de quelles dépenses il s'agit; il est certain que les dépenses nécessaires doivent être intégralement remboursées (loi 8, D., liv. XII, t. 7) : « Si j'ai fait

(1) « Si quis tamen, cum æs pignori daret, affirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit an æs pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensum est pignori esse videatur? Quod magis est tenebitur tamen pignoratitia contraria actione qui dedit præter stellionatum quem fecit. »

des dépenses nécessaires pour l'esclave ou le fonds donné en gage, j'aurai non seulement la *retentio*, mais l'action *pignoris contraria*; par exemple, j'ai fait soigner l'esclave qui est mort ensuite ou fait étayer la maison qui brûle dans la suite; quoique je ne puisse rien représenter, je pourrai me faire rembourser (1). » Ce texte nous donne des exemples de dépenses nécessaires, et nous apprend que le créancier a pour se faire rembourser l'action *pignoratitia* et le droit de *retentio*. Ce droit de *retentio* n'est pas spécial à notre hypothèse; par exemple, le commodatataire qui est nanti de la chose, le dépositaire qui a encore entre ses mains l'objet déposé, sont investis du même droit; mais, dans tous les cas, il faut le *debitum cum re junctum*, c'est-à-dire que les réclamations se rapportent à l'objet détenu.

Il y a aussi les dépenses utiles; en principe, elles doivent être remboursées, mais il y a des exceptions, (loi 22, § 4, D., liv. XIII, t. 7) (2): « Si le créancier, en vendant l'objet du gage, a promis le double, comme cela se faisait de coutume, et qu'il ait été actionné par suite de l'éviction de l'acquéreur et condamné, aura-t-il recours contre le débiteur? Oui, s'il a agi sans dot ni faute, etc. » Le texte suppose le cas où un tiers achète le *pignus*, à

(1) « Si necessarius impensas fecerim in servum aut in fundum quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebo. Finge enim medicis cum ægrota-ret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam, etc. »

(2) « Si creditor, cum venderet pignus duplam promisit (nam usu hoc evenerat, et conventus ob evictionem erat et condemnatus) an haberet regressum pignoratitiæ contrariæ actionis? Et potest dici esse regressum si modo sine dolo et culpa sic vendidit, etc. »

condition que le créancier vendeur promette le double en cas d'éviction; si celle-ci se produit, le créancier se retourne contre le débiteur. Si le créancier n'a pu vendre qu'en fournissant cette promesse ou s'il a vendu plus cher, en la fournissant, il a fait une dépense utile qui doit lui être remboursée. Mais le juge ne doit pas oublier qu'il se trouve en présence d'un contrat de bonne foi; donc, quand il ressortira des faits que les dépenses ont été faites contrairement à la volonté du débiteur et ne lui ont procuré aucun avantage, celui-ci ne devra pas être condamné à les rembourser. C'est ainsi que les textes nous citent l'exemple d'un créancier qui a fait apprendre des métiers aux esclaves engagés; si ceux-ci avaient déjà un commencement d'instruction ou si le créancier l'a fait conformément à la volonté du débiteur, il aura l'*actio pignoris contraria* pour se faire rembourser. Mais si ces circonstances n'existent pas, il faudra qu'il leur ait fait apprendre un métier *nécessaire*; car si la responsabilité à laquelle le créancier est soumis ne lui permet pas de négliger la chose objet du gage, il ne doit pas la rendre telle que le recouvrement en devienne impossible au débiteur. En un mot, le juge doit statuer *ex æquo et bono*.

Quant aux dépenses voluptuaires, celles qui sont faites uniquement par agrément, elles ne donnent jamais lieu à poursuite contre le débiteur.

Toutes ces obligations étaient sanctionnées par l'action *pignoratitia*; nous avons vu également que le créancier avait parfois le droit de *retentio*, et le débiteur l'action *furti*, quand il y avait *furtum usus*. Pour terminer cette revue des moyens de *sanction* donnés au créancier et au débiteur, il faut dire un mot de l'action *furti* dans le cas

où le *pignus* a été volé entre les mains du créancier. Dans ce cas, qui aura l'action *furti*? La loi 12 (D. liv. XLII, t. 2) nous répond (1) : « Si une chose a été donnée en gage, nous donnerons l'action *furti* (si elle a été volée) également au créancier quoique la chose ne soit pas sa propriété. Et nous la lui donnerons, non seulement contre un tiers, mais contre le propriétaire, ainsi que l'a écrit Julien. Cette action *furti* n'en doit pas moins être donnée au propriétaire lui-même. On donne cette action aux deux personnes, car toutes deux y ont intérêt. Mais le créancier sera-t-il toujours intéressé à l'avoir, ou ne le sera-t-il que si le débiteur n'est pas solvable? Pomponius pense que le créancier a toujours intérêt à avoir son gage entre les mains, et Papinien, au livre 13 de ses Questions, prouve que le créancier est intéressé dans tous les cas, et c'est aussi l'avis très sage de Julien. »

Si le *pignus* a été volé par un tiers quelconque et appartenait au débiteur constituant, le débiteur et le créancier auront l'action ; tous les deux y ont intérêt : le débiteur, puisqu'il est propriétaire ; le créancier, à cause de son droit réel de *pignus*, en raison de sa responsabilité de la *custodia*, et parce qu'il ne peut plus vendre le gage.

(1) « Sed si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis ejus res non sit. Quinimo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem et ita Julianus scripsit. Necnon et ipsi domino dari placet et sic fit ut non teneatur furti et agat. Ideo autem datur utrique quia utriusque interest. Sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat Pomponius semper ejus interesse pignus habere quod et Papinianus libro XIII Quæstionum probat et verius est ubique videri creditoris interessē et ita Julianus sæpissime scripsit. »

Le texte se pose cette question : le créancier a-t-il intérêt à avoir l'action *furti* même quand le débiteur est solvable ? Et il répond affirmativement ; le débiteur, c'est vrai, a bien l'action née du contrat principal ; mais, d'autre part, il ne faut pas oublier qu'il est responsable et qu'il doit restituer le *pignus* ; puis il y a encore un autre intérêt, l'action *furti* est au double et au quadruple suivant les cas. Or, si c'est le débiteur qui agit, il dégage par là même le créancier de sa responsabilité ; mais si c'est le créancier qui intente l'action *furti* et qu'il obtienne ainsi une somme supérieure à la créance garantie, il ne paiera pas lui-même, mais il devra restituer le surplus au débiteur : « Le créancier qui a été volé du *pignus* n'a intérêt à intenter l'action *furti* que jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, et par l'action *pignoris directa* il sera tenu de restituer le surplus de sa créance (1). » Si, au contraire, le voleur est le propriétaire lui-même, c'est le *furtum possessionis* ; dans ce cas, le créancier agira et gardera tout ce qu'il obtiendra par l'action *furti* (2) : « Si, le gage ayant été dérobé, le créancier agit par l'action *furti*, Papinien dit qu'il doit imputer sur la dette le montant de la condamnation ;

(1) Loi 15, *Dig.*, liv. XL, t. 7, § 1^{er} : « ... sed et pignoratitia actione id quod debitum excedit debitori præstabit. »

(2) Loi 22, *Dig.*, liv. XXIII, t. 7 : « Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur. Et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Multo magis hoc erit dicendum in eo quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione præstitit creditori, vel condictione an debiti sit imputandum videamus ? Et quidem non oportere id ei restitui quod ipse ex furti actione præstitit, peræque relatum est et traditum. »

cela est vrai, même quand le vol a été commis par la faute du créancier, à plus forte raison si le créancier a agi contre le tiers par la *condictio* : mais voyons s'il faut imputer sur la dette ce que le débiteur lui-même poursuivi par l'action *furti* ou par la *condictio*, aura dû compter entre les mains du créancier. Il ne faut pas, dans ce cas, restituer au débiteur ce qu'il a dû payer par l'action *furti*. » Le texte parle de l'action *furti* et de la *condictio furtiva*, et dit formellement que le créancier ne doit pas restituer ce qu'il a obtenu par l'action *furti*, mais reste muet en ce qui concerne la *condictio furtiva* ; c'est qu'en effet le créancier devra imputer sur le montant de la créance ce qu'il aura obtenu par la *condictio*, parce que la *condictio* est *rei persecutoria*, tandis que l'action *furti* est *pœnæ persecutoria*.

Enfin il faut supposer le cas où la chose remise en gage n'appartenait pas au débiteur ; celui-ci en était simplement possesseur ; le *pignus* est volé ensuite, l'action *furti* appartient sans contredit au créancier, mais appartient-elle également au débiteur ? Il faut distinguer s'il est de bonne ou de mauvaise foi (1) : s'il est de bonne foi, il aura l'action, car il a intérêt à ce que le vol n'ait pas été commis, sa bonne foi lui donnant droit aux fruits ; or, il faut justifier d'un intérêt quelconque pour avoir l'action *furti*, cette action doit être donnée à toute personne pouvant justifier qu'elle est intéressée à recouvrer la possession de l'objet volé.

(1) Voyez loi 74, *Dig.*, liv. XLVII, t. 2.

SECTION III

DROITS DES PARTIES SUR LE « PIGNUS ».

Maintenant que nous connaissons sommairement dans quelles conditions le gage peut être constitué et quelles sont les obligations imposées par ce contrat aux parties, nous allons examiner quels sont les droits qui sont conférés aux deux contractants par le *pinus*. Le créancier doit avoir le moyen de retenir en sa possession l'objet qui a été affecté à la garantie de sa créance ; il doit pouvoir défendre la possession du *pinus* contre les tiers, s'il est nécessaire ; il doit enfin avoir le droit de vendre l'objet qui lui était remis en nantissement s'il n'est pas désintéressé. Pour étudier ces divers droits en faisant l'histoire de l'évolution progressive qu'a parcouru le *pinus* avant d'arriver à être le contrat de gage sanctionné par la loi et sauvegardant tous les intérêts, il est nécessaire de distinguer deux périodes.

Depuis l'origine du gage jusqu'à l'époque classique, le créancier avait seulement la détention de l'objet engagé. Le *pinus* n'était alors qu'une variante du dépôt, c'était un objet remis en otage, s'il est permis de s'exprimer ainsi, et cette idée se manifeste dans cette expression *pinus depositum* que l'on rencontre souvent chez les auteurs et qui doit être un vestige de cette époque. Le créancier n'avait alors d'autre garantie que l'impossibilité matérielle où était le débiteur d'user de l'objet ; on espérait alors par ce moyen contraindre le débiteur à payer sa dette afin qu'il puisse reprendre l'u-

sage d'un objet dont la privation devait lui être nuisible. Mais, on le comprend, ce procédé était inefficace : tout débiteur, devenu insolvable et n'ayant (ce qui pouvait arriver) aucun intérêt à désintéresser son créancier, restait dans l'inaction : or, ce dernier, n'ayant à son service aucune arme offensive, ne pouvait changer cette situation et était forcé de conserver un objet dont la possession pouvait être dispendieuse, sans avoir aucun moyen direct d'obtenir le remboursement de sa créance. D'autre part, cette détention n'était pas protégée ; ceci tenait à ce que, comme nous l'avons déjà dit, les Romains ne comprenaient pas l'existence de biens séparés de leur propriétaire ; les lois romaines ne reconnaissaient pas cet état de fait, et ne pouvaient, dès lors, le sanctionner.

À l'origine toutes les préférences étaient pour les sûretés personnelles ; lorsque l'usage des sûretés réelles se répandit, l'aliénation fiduciaire, par laquelle on débuta, eut toutes les préférences ; et c'est d'elle qu'on découla à l'idée de gage, en donnant simplement la remise de l'objet, sans en transférer la propriété au créancier ; et c'est pourquoi cette situation dura longtemps sans être sanctionnée par la loi qui avait accordé l'aliénation fiduciaire et croyait avoir répondu à tous les besoins. Mais le gage se répandant de plus en plus, et servant à garantir des dettes de plus en plus considérables, sa faveur allant en augmentant à mesure que celle de la fiducie allait en diminuant, on éprouva le besoin de le perfectionner. Et, à l'époque classique qui nous fait entrer dans la seconde période de cette histoire du *pignus*, on accomplit un double progrès ; le créancier fut nanti de la possession du gage, et on lui accorda le droit de vendre la *res pigno-*

ratitia, à l'échéance de la dette, s'il n'était pas payé.

En ce qui concerne la possession de l'objet donné en gage, nous devons faire cette remarque, que le débiteur, bien que n'ayant plus la possession puisqu'elle était déférée au créancier, conservait cependant le droit d'usucaper. C'est ce que nous dit la loi 16 au Dig. (liv. XLI, t. 3) (1) : « A raison de l'esclave qui a été donné en gage, l'action *ad exhibendum* doit être intentée contre le créancier, et non contre le débiteur, car celui qui a donné une chose en gage continue bien à la posséder, mais seulement pour l'usucapion ; mais, à tout autre point de vue, la possession appartient à celui qui détient le gage, à tel point que l'on peut ajouter à sa possession celle de celui qui a donné le gage. » Comment expliquer cette solution qui permet au débiteur de pouvoir usucaper la *res pignoratitia* bien qu'il ne l'ait plus en sa possession ? Certains auteurs expliquent cette anomalie de la façon suivante ; la *possessio corporis* existe toujours chez le débiteur, et c'est cela qui lui permet de pouvoir usucaper ; quant au créancier, il n'a que la *possessio juris*, celle qui lui est nécessaire pour exercer son droit. Leur situation est la même que celle du nu-propiétaire et de l'usufruitier ; le nu-propiétaire possède, ceci est certain, d'un autre côté l'usufruitier a la possession également ; mais, tandis que l'usufruitier n'a la possession que dans les limites nécessaires pour exercer son droit, la *possessio juris*, le nu-propiétaire a

(1) « Servi nomine qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit ad usucapionem tantum possidet ; quod ad reliquas omnes causas pertinet qui accepit possidet adeo ut addici possit et possessio ejus qui pignori dedit. »

la véritable possession, la *possessio corporis*. Cette explication, bien subtile, nous semble devoir être rejetée en présence du grand nombre de textes qui nous disent formellement que le débiteur abandonne au créancier gagiste, la véritable *possessio* du *pignus*, la *possessio corporis*. La comparaison que nous avons rapportée plus haut est d'ailleurs inexacte ; la situation de l'usufruitier n'est pas la même que celle du créancier gagiste : ce dernier peut intenter les interdits possessoires directs, tandis que l'usufruitier n'a en son pouvoir que les interdits possessoires utiles ; et c'est encore là une preuve évidente que c'est bien le créancier gagiste qui a la *possessio corporis*, et non pas le débiteur.

Nous dirons donc, contrairement à cette opinion, que seul le créancier gagiste possède, et le jurisconsulte Paul nous le laisse entendre d'une façon formelle dans la loi 37 au Dig., liv. XIII, t. 7 (1) : « Si j'ai loué au propriétaire le gage qu'il m'a livré, je *conserve* la possession, car la possession n'était pas au débiteur avant qu'il louât de moi, etc. »

Mais, puisque nous n'admettons pas ce système qui distingue entre la *possessio corporis* et la *possessio juris*, il nous faut tout au moins expliquer comment il peut se faire que le créancier gagiste possède, bien qu'il n'ait pas l'*animus domini*. M. de Savigny estime que le créancier est véritablement possesseur, et il l'explique en disant que le créancier ne fait qu'exercer la possession du débiteur ; c'est une possession dérivée, dit-il, et

(1) « Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia, antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio, etc. »

cela est si vrai que le créancier doit compte au débiteur de tous les avantages de la possession, et tout usage qui ne tournerait pas à l'avantage du débiteur est interdit. Et M. de Savigny tire argument de la loi 37 (D., liv. XLV, t. 1) : « Par l'intermédiaire d'un esclave objet d'une constitution de gage, une possession quelconque ne peut être acquise au créancier gagiste, car ni par stipulation, ni par mandat, ni d'une autre façon quelconque, rien ne peut lui être acquis, quoique cependant le créancier possède l'esclave. » C'est là la preuve, dit M. de Savigny que le créancier ne possède pas pour lui-même, qu'il possède pour autrui, pour le débiteur, et que c'est l'*animus* de celui-ci qu'il a et qui lui permet de posséder. Cette opinion nous paraît inadmissible, car on ne peut avoir d'autre *animus domini* qu'un *animus* personnel, et d'ailleurs, si cette possession était une possession dérivée, comme le dit M. de Savigny, quelle explication faudrait-il donner quand le débiteur remettrait en gage une chose qu'il n'avait pas en sa possession, une chose appartenant à autrui, par exemple ? Si la possession du créancier était uniquement une possession dérivée de celle du débiteur, dans ce cas-là elle n'existerait pas ; et cependant, même dans ce cas, le créancier possède.

Afin d'expliquer l'*animus* qui est nécessaire pour la possession du créancier, nous préférons un système qui se fonde sur l'observation suivante : les textes ne parlent pas de l'*animus domini* à l'égard de la possession ; c'est là une expression qui a été créée par les commentateurs qui ont cru la trouver dans une paraphrase de Théophile : ψυχὴ δεσποσούντος, alors que cette expression devrait se traduire à la lettre *animus disponendi*.

Les textes emploient les expressions *animus possidentis*, *animus possidendi*, ce qui est bien différent. L'*animus domini*, en effet, présente toujours le même sens, quelle que soit l'hypothèse où on l'envisage ; il n'y a aucune nuance, en effet, entre agir comme propriétaire, ou bien ne pas agir comme propriétaire ; on est propriétaire ou on ne l'est pas, on a l'*animus domini* ou on ne l'a pas ; mais quand on l'a, quand on est propriétaire, l'*animus domini* est toujours le même. Pour la possession, il en est bien autrement, et c'est pour cela que les textes emploient des expressions (*animus possidentis*, etc.), qui conviennent à tous les cas ; la possession du voleur diffère de celle du propriétaire qu'elle-même n'est pas semblable à celle du dépositaire, etc. Il est donc tout naturel d'admettre et de conclure que le créancier gagiste, lui aussi, a un *animus possessionis* qui lui est propre et qu'il acquiert justement en devenant créancier gagiste. Il n'a pas l'*animus domini*, car il a l'intention d'être payé ; il ne peut considérer le *pignus* comme une *res* à tout jamais entrée dans son patrimoine, mais il a un *animus possidendi* qui lui est particulier ; il veut posséder ce *pignus* parce que c'est pour lui un moyen de rentrer dans les fonds qu'il a avancée, et cet *animus possessionis*, s'adaptant à tous les besoins légitimes de sa situation, lui permet de posséder jusqu'à ce qu'il soit payé, de défendre sa possession et de la recouvrer par des interdicts s'il l'a perdue. Cet *animus possessionis* est l'argument suffisant pour lui permettre de posséder ; en effet, on possède quand on détient une chose dans son propre intérêt et qu'on peut *proprio nomine* défendre sa possession.

En ce qui concerne le droit de vente, ce fut la pratique qui l'introduisit ; il semblait, en effet, tout d'abord im-

possible d'accorder ce droit de vendre le *pignus* au créancier qui n'était pas propriétaire; aussi ne fut-ce qu'après de nombreux perfectionnements, successivement apportés à la législation, qu'on considéra le droit de vente comme un effet du contrat de gage. Le premier progrès fut l'insertion, devenue commune, d'un pacte spécial nommé *lex commissoria*. Le pacte commissoire est un pacte par lequel les parties conviennent que, faute de paiement à l'échéance, le créancier retiendra le *pignus* comme propriétaire. La *lex commissoria* fut prohibée par une constitution de l'an 320 (loi 3 au Code, liv. VIII, t. 35) (1) : « De ce que, parmi les différents moyens de tromper, le danger du pacte commissoire, dans le gage, va en s'accroissant, nous avons décidé de la prohiber et pour l'avenir d'en faire disparaître la mémoire. »

Les textes du Digeste ne font pas mention de la *lex commissoria* en matière de gage, probablement parce que les commissaires de Justinien ont pensé qu'il n'était pas la peine de parler d'une institution disparue et prohibée. Mais, malgré ce silence des textes, la théorie de la *lex commissoria* n'est pas difficile à faire; elle peut se fonder sur des comparaisons avec la *lex commissoria*, en matière de vente. Dans ce dernier cas, nous connaissons la formule (2); et il est facile, par analogie, de voir quelle elle devait être en matière de *pignus*. Le pacte commissoire était conclu dans l'intérêt du créancier;

(1) Quoniam inter alias captiones præcipue commissoriæ pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri.

(2) Loi 2, *Dig.*, liv. XVIII, t. 3 : « Si ad diem pecunia soluta non sit, fundus inactus sit. »

donc, celui-ci n'était pas forcé de s'en prévaloir; c'était un droit, une faculté pour lui. S'il n'était pas payé à l'échéance, deux partis se présentaient à lui; il pouvait ou bien ne pas s'approprier le *pignus* et poursuivre l'action, ou bien s'emparer du gage qu'il détenait, s'en attribuer la propriété et abandonner l'action. Mais, s'il a ainsi le choix entre ces deux partis, quand il a pris l'un, il ne peut plus revenir sur sa décision; c'est ce que nous disent beaucoup de textes en matière de vente (voir lois 6 et 7, liv. XVIII, t. 3, au Dig.). Il existait de là une inégalité flagrante entre la situation du débiteur et celle du créancier; le sort du débiteur était d'autant plus digne d'intérêt que, s'il avait payé une partie de sa dette, le créancier pouvait néanmoins s'emparer du *pignus* pour le tout. On comprend donc très bien que Constantin se soit occupé de cette situation et ait supprimé la *lex commissoria* en matière de gage; car le débiteur, à bout de crédit, subissait la volonté du créancier quand il contractait un emprunt, engageait un gage beaucoup plus important qu'il n'était nécessaire; et par la *lex commissoria* le créancier non payé devenait, à l'échéance, propriétaire d'un objet qu'il avait ainsi acquis parfois sans déboursier même la moitié de ce qu'il valait.

A côté de la *lex commissoria* qui était tolérée à l'époque classique, on admettait un autre pacte par lequel le débiteur s'engageait s'il n'avait pas payé le jour de l'échéance, à vendre le *pignus* au créancier. Sur la validité de ce pacte des doutes s'étaient élevés parmi les jurisconsultes, et ce n'est pas sans une certaine lutte qu'il fut reconnu valable. Tout d'abord il dut paraître étrange à certains esprits rigoristes qu'on permît de vendre le

pignus au créancier, car le gage n'était autre chose, à l'origine, que la fiducie perfectionnée : c'était la même sûreté réelle dont la forme avait été modifiée, et c'est pour cela, sans doute, qu'il fallut un rescrit (1) de l'empereur pour dire, conformément aux vrais principes du droit, que, à la différence de la fiducie dont la propriété avait été transférée au créancier, le gage continuait d'appartenir au débiteur, le créancier n'en était que possesseur ; et, par conséquent, on pouvait convenir que la propriété en serait transférée à celui-ci.

Une autre objection plus sérieuse s'éleva contre ce pacte de vente, et cette fois c'est Papinien qui la résout : il faut, en effet, que la vente ait un prix certain ; or, lorsque la vente est consentie par un pacte formé au moment de la constitution de gage et dans les conditions que nous connaissons, le prix de cette vente, qui consiste dans le montant de la dette augmenté de tous les intérêts qui auront couru (élément qui ne peut être estimé au moment de la passation du pacte), est un prix incertain, et par suite la vente doit être nulle. Non, dit Papinien (2) : « Le créancier achète valablement le *pignus* du débiteur, soit que cet achat ait été convenu dans le contrat de constitution de gage lui-même, soit qu'il ait été fait dans la suite ; et la vente ne doit pas être considérée

(1) Rescriptum est ab imperatore, libellos agente Papiniano, creditorem a debitore pignus emere posse : quia in dominio manet debitoris.

(2) *Fragmenta Vaticana*, § 9 : « Creditor, a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit, sive postea. Nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit ut pecunia fœnoris non soluta creditor jure empti dominium retineat, cum sortis et usurorum quantitas ad diem solvendæ pecuniæ præstitutam certa sit. »

comme ayant un prix incertain, s'il a été convenu que, en cas de non paiement à l'échéance, le créancier garderait le gage à titre d'acheteur, car, au jour de l'échéance, le montant du capital et des intérêts est déterminé d'une façon certaine. »

La validité de ce pacte fut donc reconnue, et son usage fut permis; mais on peut se demander pourquoi Constantin ne l'a pas prohibé lorsqu'il a supprimé la *lex commissoria*; que le débiteur soit forcé de vendre le *pignus* pour un prix fixé d'avance consistant dans le montant de la créance augmenté des intérêts, ou bien que le créancier devienne propriétaire par lui-même, n'est-ce pas la même chose? Non, il existe entre ces deux clauses des différences qui expliquent le maintien du pacte de vente. Dans ce dernier en effet, le débiteur n'est plus à la merci du créancier, en ce sens que celui-ci ne pourra plus choisir entre deux partis; les contractants sont liés; tandis que dans la *lex commissoria* c'est le créancier qui a le choix et qui peut invoquer le pacte ou bien poursuivre l'action principale, sans autre raison que son bon vouloir, sans autre guide que son intérêt; avec le pacte de vente le sort du débiteur est fixée; s'il ne paie pas, la chose est vendue; celui-ci peut même, s'il le préfère, ne pas payer quand il a de l'argent, et le *pignus* sera vendu, le débiteur ne sera plus opprimé par le créancier. Enfin, le pacte de vente n'est pas aussi inique que le pacte commissoire; avec la *lex commissoria*, lorsque le débiteur n'avait payé qu'une partie de la dette à l'échéance, la condition était réalisée, la dette n'était pas intégralement payée, le créancier vendait le *pignus* et s'enrichissait ainsi d'une façon certainement injuste. Par la clause de vente au contraire, le débiteur, s'il a payé déjà une

partie de la dette, aura l'action *venditi* pour répéter ce qu'il aura versé.

Ce *pactum de vendendo* est envisagé par les juriconsultes d'une manière très favorable. Nous citerons, par exemple, la loi 16, § 9, au Digeste, liv. XX, t. I (1) : « On peut donner un gage à son créancier avec cette clause que, si la somme n'est pas payée au jour de l'échéance, le créancier pourra garder la chose à titre d'acheteur suivant l'estimation qui en sera faite alors, car, dans ce cas-là, il semble y avoir en quelque sorte une vente conditionnelle. » Dans cette hypothèse nous trouvons toutes les incertitudes qui peuvent entrer dans un contrat de vente ; la vente est conditionnelle, et la fixation du prix est remise à une date, à laquelle on ne peut savoir quelle sera la valeur de la chose. En règle générale, une semblable vente serait nulle, mais à cause de la constitution de gage on la tient pour valable.

Le créancier gagiste ainsi nanti du *pignus*, rendu propriétaire par la vente effectuée en vertu du pacte, devait, lui aussi, à son tour, aliéner le *pignus* pour rentrer en possession des fonds qu'il avait avancés. Il n'y avait donc plus un grand progrès à effectuer pour permettre, dès l'origine, au créancier de vendre le *pignus* à qui bon lui semblerait au moment de l'échéance, s'il n'était pas désintéressé. Bientôt, en effet, nous voyons s'introduire un *pactum de vendendo*, donnant ce pouvoir au créancier. En principe, il fallait l'autorisation expresse qui

(1) « Potest ita fieri pignoris datio hypothecæ ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptionis possideat rem justo pretio tunc æstimandam ; hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt. »

reçut ce nom. La loi 4, Dig., liv. XIII, t. 7, nous dit : *Si convenit de distrahendo pignore*. Le créancier qui vendrait sans cette autorisation commettrait un *furtum*. Gaius (1), énumérant les personnes qui peuvent aliéner sans être propriétaires, nomme le créancier gagiste, mais fait remarquer qu'il n'a ce droit qu'en vertu d'un pacte spécial. Ce passage de Gaius est reproduit textuellement dans les Institutes de Justinien au livre II, tit. 8, § 1^{er}. Ce *pactum de vendendo* devint d'un usage si fréquent qu'il fut bientôt de style dans tous les contrats (*pactum vulgare*). On en arriva même à le sous-entendre, ainsi que le dit Ulpien dans la loi 4 déjà citée (2). Le droit de vendre devint donc ainsi, à partir d'Alexandre Sévère, à peu près inhérent au contrat de gage, mais ce droit n'était pas de l'essence du *pignus*, car on pouvait admettre un pacte en sens contraire. Il restait donc un dernier progrès à faire. Fut-il accompli? Le droit de vendre devint-il une conséquence légale, un effet du contrat de *pignus*? Certains auteurs prétendent que non, et affirment que le droit de vendre ne fut jamais de l'essence du *pignus*, qu'il fallait un pacte spécial pour donner ce droit au créancier gagiste. Cette théorie nous semble difficile à admettre, quand on examine, d'une part, l'évolution progressive suivie par la législation romaine sur cette question, et, d'autre part, les textes traitant cette matière. Ulpien, toujours dans la même loi 4, nous apprend que, lorsqu'il avait été convenu que

(1) Gaius, *Institut.*, II, 64.

(2) Loi 4, Dig., liv. XIII, t. 7 : « Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere si non convenerit, ne liceat. »

le gage ne serait pas vendu, le créancier qui aliénerait cependant le *pignus* serait tenu de l'action *furti*, à moins qu'il n'avertisse à trois reprises différentes le débiteur de son intention de vendre s'il n'était pas payé (1). Ceci semble bien nous dire qu'à l'époque d'Ulpien, si aucune convention n'avait été faite, le gage pouvait être vendu; s'il était intervenu un *pactum de non vendendo*, il suffirait au créancier de faire trois *denuntiationes* pour ne pas être en faute. A cette époque donc, on ne tenait plus compte du *pactum de vendendo* ou du *pactum de non vendendo*, le créancier avait toujours le droit de vendre, mais dans certains cas (quand était intervenu le *pactum de non vendendo*) il devait remplir certaines formalités spéciales. Tel est également l'avis de Doneau dans ses commentaires, quand il dit (2) : « Ulpien semble être allé plus loin, car, bien qu'il soit convenu dès le principe

(1) « Ubi vero convenit ne distraheretur creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denunciatum ut solvat et cesserit. »

(2) Hugonis Donelli *Commentarii*, ad tit. XXVIII, lib. 8, C.

§ 2 : « Plus complectitur Ulpianus, nempe quamvis convenerit ab initio ne distrahere pignus liceret tamen creditorem pignus distrahere posse, si ter denuntiaverit debitori ut solveret, neque solverit... Quomodo igitur licet pignus vendere contra conventionem? Respondeo non vendi hoc pignus contra conventionem. Nam cum ab initio convenit, ut res pignori esset, vi ipsa convenisse intelligitur ut distrahere liceret. Jus enim distrahendi pignoris est ita pignoris proprium, ut ab eo non possit separari, adeo ut cum convenerit rem aliquam liceret distrahere, etiamsi non nominatim convenerit ut ea res pignori esset, tamen pignus constitutum intelligatur nempe ut ex eo quod proprium est solius pignoris in re aliena ipsum quoque pignus colligatur. Ergo, cum ita convenit a principio ut rem distrahere liceret, non debemus neque possumus posteriorem conventionem si cinterpretari, quasi omnino pignus distrahere non liceat, alioquid ageretur ut pignus non esset pignus, quod est absurdum. »

que le gage ne pourrait pas être vendu, cependant le créancier peut le vendre, s'il a averti trois fois le débiteur et que celui-ci n'a pas payé... Comment peut-il se faire qu'il soit permis de vendre le gage, contrairement à la convention? Je réponds qu'on n'agit pas ainsi contrairement à la convention; car, lorsqu'il fut convenu, dès l'origine, qu'on donnait la chose en gage, il fut compris qu'on convenait, par la force même du contrat, qu'il serait permis de vendre. Le droit de vendre la chose est un caractère propre du contrat de gage et ne peut en être séparé, à tel point que, lorsqu'il a été convenu qu'on pourrait vendre une chose sans qu'il fût convenu qu'elle était remise en gage, cependant on comprenait qu'elle était engagée en nantissement, car, de ce fait qui est le seul caractère propre du gage sur la chose d'autrui, le *pignus* est constitué. Donc, lorsqu'il a été convenu, dès le principe, qu'une chose pourrait être vendue, nous ne pouvons ni ne devons interpréter une convention postérieure dans un sens permettant de dire qu'elle ne le serait pas, ou bien le *pignus* ne serait pas le *pignus*, ce qui est absurde. »

Tel est également l'avis de M. Accarias (1) qui remarque, en outre, que c'est sans doute à cause de cela que les textes nous disent que, entre le *pignus* et l'hypothèque envisagés comme droits réels, il n'y a d'autres différences que celle des mots.

C'est le créancier gagiste qui peut vendre le *pignus*; et, comme c'est là un acte d'administration, cette vente peut être faite par un mandataire conventionnel ou légal, tel qu'un tuteur. Supposons qu'un pupille soit créan-

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, De l'hypothèque.

cier gagiste, le débiteur ne paie pas ; ce sera le tuteur qui vendra le *pignus*. Mais si c'est un immeuble qui est donné en gage, une objection pourrait être tirée de ce fait que le tuteur n'a pas le droit d'aliéner les immeubles du pupille. Mais l'objection est facile à résoudre, et Ulpien nous donne la solution dans la loi 5, § 3 (Dig., liv. XXVII, t. 9). Le fonds est vendu comme appartenant au débiteur, c'est-à-dire à autrui.

Ce droit de vendre appartient au créancier, alors même que le *pignus* serait ultérieurement frappé d'inaliénabilité. L'*oratio Severi* prévoit expressément l'hypothèse suivante. Un père de famille donne à son créancier un fonds à titre de gage ; le fonds était dès lors aliénable et pouvait être vendu par le créancier en cas de besoin, mais avant qu'il soit aliéné ; le père meurt, le fonds passe au fils, et dès lors il est inaliénable. Cependant le créancier gagiste pourra vendre, car il n'est pas possible que le droit qui a été acquis par le créancier vienne à disparaître. Il faudrait étendre cette solution et dire, en général, que le créancier gagiste pourra aliéner le fonds à lui remis en gage, quand il appartient à un pupille, quelle que soit la personne qui ait fait le *pignus*, *paterfamilias* ou tuteur. De même, un immeuble est donné en gage, puis il est constitué en dot ; il devient par là même inaliénable (loi Julia, *De fundo dotali*) ; ici encore nous donnerons la même solution, le fonds pourra être vendu ; les textes ne nous indiquent pas expressément la conduite à tenir dans ce cas, mais ils statuent dans des hypothèses analogues. La loi 1, liv. XXIII, t. 5, au Digeste (1), dit que la loi Julia

(1) Interdum lex Julia de fundo dotali, cessat si ob id quod maritus

ne s'applique plus lorsque le mari a refusé la caution *damni infecti*, et que le voisin menacé a été envoyé en possession, parce que, dit le texte, l'aliénation n'est pas volontaire. Étant donnée la généralité de ce motif, nous dirons que chaque fois que l'aliénation n'est pas volontaire, la loi Julia ne s'applique plus, et, dans le cas du créancier gagiste, il en est ainsi.

Toutefois, pour que le créancier gagiste pût vendre, il fallait que la dette fût exigible. Il ne pouvait donc exercer son droit qu'à l'échéance, mais *quid* lorsqu'il y a plusieurs échéances, quand la dette est divisée en annuités. Le créancier peut-il vendre quand le débiteur ne paye pas à l'une des échéances, ou faut-il qu'il attende jusqu'à la dernière échéance? Nous pensons que, puisque le gage garantit, non pas la dette entière, mais chaque fraction de la dette, le débiteur qui ne paye pas l'une des échéances donne le droit de vendre au créancier. Faut-il que le créancier, avant de vendre, interpelle le débiteur à l'effet de le mettre en demeure? Cette question est controversée; pour nous, il nous semble que le créancier ne doit pas être tenu de le faire. En effet, les principes ne l'exigent pas, car la *mora* est un retard; c'est une faute imputable au débiteur, d'où vont résulter plusieurs responsabilités à sa charge. Le gage a pour but de donner au créancier le moyen de se payer de ses propres mains sans faire intervenir le débiteur, et ce dernier, connaissant l'échéance de la dette, sait fort bien que, s'il ne paie pas à cette époque, le gage sera vendu; il n'est

damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis prædii, deinde jussus sit possidere; hic enim dominus vicinus fit, quia hæc alienatio non est voluntaria.

donc aucunement besoin de l'avertir, et les principes généraux du gage suffisent pour cela (1). D'autre part, les textes qu'on invoque dans le sens contraire ne sont pas décisifs. On a cité plusieurs constitutions impériales (loi 18, C., liv. V, t. 37-loi 7, C., liv. VIII, t. 28), mais les termes dont elles se servent sont trop vagues, il nous semble, pour prévaloir contre les principes certains que nous avons exposés. D'ailleurs, il faut se donner garde de confondre les *denuntiationes*, dont il a été parlé plus haut, avec les *interpellationes* qu'on voudrait exiger pour la *mora*. Toutefois, remarquons que, si, à l'origine, il ne fallut aucune formalité préalable pour la vente, plus tard il en fut autrement. Le créancier devait agir de bonne foi; de là il fut tenu de poser des affiches (*proscriptio*) et d'agir de bonne foi. La loi 4 au Code, livre VIII, tit. 28, nous l'apprend (2) : Le « créancier qui affiche pour vendre l'hypothèque ou le gage doit en faire la notification au débiteur et agir de bonne foi. » Si le créancier commettait quelque faute, le débiteur pourrait agir contre lui par l'action *furti* qui se cumulerait alors avec l'action *directa*.

En général, le gage peut être vendu à tout le monde, comme tout objet qui est dans le commerce; cependant le créancier, le débiteur et la caution de celui-ci ne peuvent se rendre acquéreurs du *pignus*. Le créancier n'a pas le droit d'acheter le gage, car on craint qu'il n'y ait incompatibilité entre son devoir comme vendeur et ses

(1) Nous pourrions tirer argument de la solution donnée en matière de *stipulatio pœnæ* et de *lex commissoria*.

(2) « Creditor, hypothecas sive pignus cum proscibit, notum debitori facere et sibi bona fide rem gerere, et, quando licet, testato dicere debet. »

intérêts comme acheteur. Le jurisconsulte Paul fait allusion à cette règle au livre II de ses Sentences (1) : « Si, dit-il, un créancier a acheté le *pignus* malgré le débiteur et par une personne interposée, l'achat ne vaut rien ; donc, la fiducie et le gage ne disparaîtront pas pour cela. » Puisqu'il faut une *supposita persona*, selon les termes du texte, c'est que le créancier ne peut acheter lui-même. Pour la fiducie, il y a une autre raison ; le créancier ne peut acheter parce qu'il est propriétaire. Un propriétaire ne peut acheter l'objet qu'il possède, et c'est pour cela que le débiteur ne peut acheter le *pignus*, car, nous le savons, il en est resté propriétaire. C'est, du reste, ce que dit formellement la loi 40 au Digeste, liv. XIII, t. 7 (2) : « Le débiteur achète inutilement du créancier le gage, parce qu'on ne peut pas acheter valablement sa chose ; et, s'il avait acheté le gage pour un prix inférieur à celui de la créance le créancier n'est pas tenu de lui en délivrer la possession, du moment qu'il n'offre pas toute la dette. » Ce texte nous indique encore une autre raison pour laquelle le débiteur ne peut acheter le *pignus* ; s'il a acheté moins cher, dit le texte, et il ne peut, en effet, en être autrement, sinon le débiteur aurait assez d'argent pour payer la créance, dans ce cas il doit payer, il ne doit

(1) Paul, *Sentent.*, lib. II, t. 14, § 4 : « Si per suppositum personam creditor pignus suum, invito debitore comparaverit, emptio non videtur et ideo quandoque lui potest : ex hoc enim causa pignoris vel fiduciæ finire non potest. »

(2) « Debitor a creditore pignus quod dedit frustra emit, cum rei suæ nulla emptio sit ; nec si minoris emit et pignus petat aut dominium vindicet, ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur. »

pas acheter le gage. La caution du débiteur ne peut non plus acquérir le *pignus*; admettons que le débiteur ait fourni une garantie réelle et une garantie personnelle; supposons que la caution puisse se rendre acquéreur, quelle sera alors la situation des parties? Il arrivera ceci : que le débiteur, s'il revient à une meilleure fortune offrirait à la caution de rembourser le prix qu'elle a déboursé, afin de rentrer dans la possession de l'objet qu'il a remis en gage. Mais la caution pourrait lui répondre : « Je ne suis plus caution, je suis acquéreur, et je ne suis pas forcé de vous vendre. » C'est pour éviter ce résultat que l'on a interdit à la caution du débiteur d'acheter le *pignus*; la caution, en effet, est intervenue dans l'intérêt du débiteur, il serait donc incompréhensible qu'elle pût se servir de cette situation pour spéculer aux dépens de celui-ci (1).

Mais au nom de qui le créancier vend-il? Est-ce au nom du débiteur qui est le propriétaire et dont il ne ferait, en quelque sorte, qu'exercer les droits qui lui seraient délégués par la loi, dans cette hypothèse, ou est-ce en son nom propre? Cette question est controversée, mais nous estimons que c'est bien *jure proprio* que le créancier aliène. Tout d'abord, les jurisconsultes se servent, dans différents textes, d'expressions qui, à notre sens, ne peuvent laisser aucun doute à ce sujet. La loi 13 au Digeste, liv. XX, dit (2) : « Le créancier qui, en vertu de son propre droit, vend le gage doit transférer

(1) Papinien indique cette solution dans la loi 2 au Digeste (liv. XX, t. 5), qui traite de l'hypothèque, mais la solution s'applique, par identité de motifs, au *pignus*.

(2) « Creditor qui, jure suo, pignus distrahit, jus suum cedere debet, et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem. »

à l'acquéreur tout son droit sur celui ci ; s'il possède le gage, il doit livrer la possession. » Remarquons les expressions de Paul (*jure suo*), et ce texte se réfère bien à notre hypothèse, car, du moment qu'on prévoit le cas où le créancier possède le *pignus*, c'est bien du contrat de gage qu'il s'agit.

Ulpien se sert d'expressions tout aussi énergiques (1) : « Le créancier, dit-il, qui, sur l'action donnée à propos du contrat de gage, est obligé de restituer le prix avec les intérêts de l'excédent, ne doit pas être écouté s'il veut déléguer, parce que, dans la vente qui a lieu, le créancier fait sa propre affaire. »

Enfin, il y a bon nombre de textes qui, sans indiquer cette solution d'une façon aussi manifeste, la sous-entendent dans les hypothèses qu'ils prévoient. C'est ainsi que, au livre XLVI du Digeste, Paul enseigne que la situation d'un débiteur qui paye est autre que celle du créancier qui vend son gage (2). Quand le débiteur paye, il peut indiquer celle des dettes qu'il veut acquitter; quand c'est le créancier qui vend le gage, il lui est permis d'imputer le prix qu'il reçoit sur la quantité qui lui est due. Paul suppose ici un débiteur tenu de plusieurs obligations distinctes, pour la garantie desquelles il a donné

(1) Loi 42, *Dig.*, liv. XIII, t. 6 : « Creditor, judicio quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretio cum usuris restituat jure cogitur, nec audiendus erit, si velit emptorem delegare; cum in venditione quo fit, ex facto suum creditor negotium gerit. »

(2) Loi 10, *Dig.*, liv. XLVI, t. 3, § 1^{er} : « Paulus respondet aliam causam esse debitoris solventis aliam creditoris pignus distrahentis. Nam cum debitor solvit pecuniam, in potestate ejus esse commemorare, in quam causam solveret; cum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre etiam in eam quantitatem, quæ natura tantum debebatur, et ideo deducto eo debitum peti posse. »

un gage; le créancier n'est pas payé, il vend le gage, le prix produit par cette vente n'est pas suffisant pour éteindre toutes les créances garanties, et la question se pose de savoir à qui il appartiendra au débiteur ou au créancier de déterminer quelles sont les dettes éteintes. Le texte compare la situation du débiteur qui paye et du créancier qui vend; et il dit que c'est le créancier qui aura le droit de désigner quelle est l'obligation qu'il considère comme éteinte; le créancier agira évidemment conformément à ses intérêts personnels; or, s'il ne faisait pas sa propre affaire, s'il ne vendait pas *jure proprio*, comment le paiement pourrait-il être fait contrairement, aux intérêts du débiteur?

La solution que nous indiquons nous paraît confirmée par cette considération que, si le créancier agissait comme mandataire du débiteur quand il vend le *pignus*, on se trouverait en présence d'un étrange mandat; le créancier, en effet, peut vendre quand il veut; il peut vendre, par suite, dans de très mauvaises conditions, enfin il n'est tenu que de son dol; toutes ces règles sont trop favorables pour le créancier gagiste s'il est un mandataire.

Enfin, supposons qu'un vrai mandataire soit chargé de vendre un objet faisant partie du patrimoine du mandant, et supposons que, en exécutant les ordres reçus, il agisse contrairement aux intérêts de celui qu'il représente. Il opère la tradition, et nous admettons qu'il s'agisse d'une *res nec Mancipi*; cette tradition n'opère pas transfert de la propriété; le mandant aura toujours l'action en revendication (1). Au contraire, dans de semblables conditions,

(1) Loi 7, § 6, *Dig.*, liv. XLI, t. 4.

la tradition faite par le créancier gagiste opérera transfert de propriété (1). « Le président de la province ordonnera, s'il a été prouvé que ton créancier a vendu dolosivement le gage qui lui avait été remis, qu'il te soit restitué par lui une somme d'argent équivalente à tout dommage, etc. » Ce texte nous montre que le créancier qui agit *dolo malo*, peut être actionné et peut être condamné à payer une indemnité, mais il ne s'agit nullement ici d'action en revendication, la propriété est transférée. Cette différence entre le créancier gagiste et le mandataire infidèle prouve bien que le créancier gagiste n'est pas un mandataire, mais qu'il agit réellement *jure proprio*.

En général, le vendeur doit livrer, garantir et s'abstenir de tout dol. En est-il de même ici? Nous savons déjà que le créancier gagiste qui vend est responsable de son dol. Mais *quid* des deux autres obligations? Est-il tenu de livrer? Est-il tenu de garantir?

Livrer, c'est transférer à l'acquéreur tous les droits qu'on possède sur la chose vendue. Le créancier gagiste va livrer au moins la *vacuam possessionem* du *pignus*. Mais est-ce tout ce qu'acquiert l'acheteur? Non, il devient propriétaire (2) : « Si le créancier vend le gage et que la vente ait été résiliée, ou que l'esclave vendu ait été l'objet d'une réhabilitation, alors la propriété retournera au débiteur. » Du moment que le texte dit qu'en cas de résolu-

(1) Loi 1^{re} au Code, liv. VIII, t. 30 : « Præses provinciæ aditus, si fuerit, probatum, tuum creditorem cui jus distrahendi pignora fuit dolo malo fundum vendisse, quanti tua interest restituere tibi eundem creditorem jubebit. »

(2) Loi 10, § 1, *Dig.* liv. XX, t. 6 : « Creditor quoque, si pignus distraxit et ex venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus dominium ad debitorem revertitur. » — *Sic.*, loi 4, *Dig.*, liv. XIII, t. 7.

tion de la vente la propriété reviendra au débiteur, c'est qu'il l'a perdue, et cela n'a pu être qu'au profit de l'acquéreur. Comment cela peut-il se faire? Nous savons que la propriété peut être acquise par quelqu'un pour autrui. Quand je veux vous transférer un objet par l'intermédiaire d'un mandataire, il suffit que nous ayons tous deux l'*animus*, le mandataire transférera le *corpus*. Les Romains en avaient déduit comme conséquence qu'un mandataire pouvait faire un transfert de propriété pour son mandant. Remarquons que nous nous servons ici des mots *mandataire* et *mandant*, mais qu'il ne faut nullement en induire, ainsi que nous l'avons déjà dit, que le créancier gagiste est un mandataire. Nous exposons les règles sur le transfert de propriété et la possession, et de ces règles nous concluons que, l'élément intentionnel existant chez le propriétaire, le possesseur d'un objet peut livrer le *corpus*, et cette tradition transférera la propriété. Or, le débiteur est réputé consentir à transférer la propriété par le fait même du non-paiement à l'échéance; le créancier gagiste livre le *pignus*, et c'est ainsi que l'acquéreur devient propriétaire.

En général, nous l'avons dit, le vendeur est obligé à garantie, l'acheteur a l'action *ex empto*, quand il est évincé; en est-il de même pour le créancier gagiste? Non, il vend *proprio jure*, et cependant il n'est pas garant de l'éviction; ainsi donc, s'il vend un gage qui n'appartenait pas au débiteur, l'acheteur ne peut agir *ex empto* contre lui: « Quoique celui qui a acheté une chose vendue à titre de gage n'ait pas de recours en cas d'éviction, etc. », dit la loi 10 au Digeste, liv. XX (1). Est-ce à dire que

(1) Loi 10, *Dig.*, liv. XX, t. 5: « Elsi is qui lege pignoris emit ob evictionem rei redire ad venditorem non potest. »

le créancier gagiste est dans la même situation qu'un vendeur qui a vendu sans garantie? Non, car, quand une clause de non-garantie existe, cela n'empêche pas le vendeur d'être obligé de restituer le prix si l'acquéreur est évincé; il ne doit pas d'indemnité, mais il doit restituer le prix. Le créancier gagiste n'est pas dans cette situation, il ne doit pas même la restitution du prix. Cette situation extraordinaire faite au créancier nous est révélée par la loi 11 au Digeste, liv. XIX (1): « J'estime que l'opinion de Julien est très vraie également en ce qui concerne le gage, car, si le créancier a vendu en tant que créancier et que ce qu'il a vendu soit ensuite l'objet d'une éviction, le créancier ne sera pas tenu par l'action *ex empto* même à l'effet de restituer le prix. » Nous avons vu que le créancier vend *proprio nomine*, mais que cette manière de voir n'était pas admise par tout le monde. Or, les partisans du système contraire à celui que nous avons admis tirent argument de cette faveur donnée au créancier gagiste; la preuve, disent-ils, que le créancier ne vend pas *jure proprio*, c'est qu'il n'est pas tenu à garantie le fait de ne pas être obligé de garantir prouve bien qu'il agit *procuratorio nomine*. C'est là une erreur; supposez, en effet que je vous donne mandat de vendre un objet que je vous dis faire partie de mon patrimoine. En réalité je n'en suis pas propriétaire, l'objet est vendu, et l'acquéreur est évincé. Le mandataire est tenu à la garantie; le fait de n'être pas obligé

(1) Loi 11, *Dig.*, liv. XIX, t. I, § 16: « Sententiam Juliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque; nam si jure creditoris vendiderit, deinde hæc fuerint evicta, non tenetur, nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor. »

de garantir ne prouve donc pas qu'on agit comme mandataire, et l'objection que nous avons relatée ne peut valoir. La raison de cette situation exceptionnelle faite au créancier gagiste, c'est qu'il ne vend que dans son intérêt, ce qui veut dire, au point de vue de la garantie, qu'il ne se présente pas comme un vendeur ordinaire, mais comme un créancier gagiste qui vend un *pignus*. Il agit donc comme créancier, et c'est seulement cette qualité qu'il affirme et dont il est responsable. Les textes font bien sentir cette différence ; ils emploient, soit l'expression *pignoris jure*, soit l'expression *communi jure*, indiquant par là que, selon que le créancier agira comme créancier gagiste ou comme vendeur ordinaire, il aura, et pour cette raison, des règles de faveur ou les règles générales.

Mais, pourrait-on dire, d'après ces principes, c'est l'acheteur du *pignus* qui va se trouver frustré s'il est évincé. Il le serait peut-être, si le créancier vendeur était la seule personne contre laquelle il pût se retourner. Mais il n'en est pas ainsi ; il peut se retourner contre le débiteur. Les jurisconsultes lui donnent pour cela une action, et ils ne pouvaient être en désaccord sur ce point, car l'acheteur, en payant son prix, a procuré la libération du débiteur ; il est donc juste que, s'il est évincé, il ait un recours contre les personnes à qui il a procuré la libération de ses propres deniers. Mais à quel titre et sur quel fondement juridique baser ce recours ? Est-ce comme acheteur évincé ? peut-il dès lors intenter contre le débiteur l'action *ex empto* ? Non, car le débiteur ne lui a rien vendu, il est étranger au contrat, et c'est encore là une preuve que nous relevons en passant de la solution que nous avons indiquée, que le créancier vend en

son propre nom et non pas au nom du débiteur. Le seul motif juridique est celui-ci. Si l'acquéreur ne pouvait intenter une action, cela serait contraire au principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui injustement. Or, de quoi le débiteur s'est-il enrichi ? De sa libération ; donc, la condamnation doit se baser sur le prix payé, quelle que soit la valeur du *pignus*. Mais les juriconsultes ne sont plus d'accord sur la qualification de cette action, sur la voie judiciaire qu'ils accorderont pour poursuivre ce *quantum*. Les uns donnent à l'acquéreur une action *ex empto utilis* (1). Mais c'est là une solution qui peut être critiquée ; une action utile est une action directe donnée en dehors des conditions auxquelles est subordonnée l'exercice de cette action. Mais l'*actio utilis* doit être accordée uniquement dans des circonstances qui diffèrent très peu de celle de l'action directe ; d'autre part, l'action utile doit produire les mêmes effets que l'action principale. Or ici, l'action *ex empto utilis* dont l'exercice serait donné à l'acquéreur différerait sensiblement de l'action *ex empto directe* ; cette dernière a pour but de donner à l'acquéreur un moyen de se retourner contre le vendeur ; dans le cas que nous examinons, au contraire, l'acquéreur se retourne contre quelqu'un qui ne lui a rien vendu, c'est là une situation tout à fait anormale, à laquelle on ne peut appliquer l'action *ex empto*. D'autre part, nous avons vu que l'action qui sera donnée à l'acquéreur aura pour but de lui faire obtenir

(1) Sic, loi 74, § 1, *Inq.*, liv. XXI, t. 2 : « Si jussu judicis rei judicatæ pignus captum per officium distrahatur, post evincatur : ex empto contra eum qui pretio liberatus est non quanti interest, sed de pretio duntaxat ejusque usuris, etc. »

du débiteur ce dont il s'est enrichi, c'est-à-dire le montant de la dette dont il a été libéré, le *quanti interest*; l'action *ex empto*, en règle générale, ne peut produire de semblables résultats.

Il existe une autre solution qui nous est indiquée par Ulpien dans le livre XXI du Digeste (1). C'est l'action *pignoratitia contraria* dont peut se servir l'acquéreur; voici comment Ulpien démontre cette règle. L'acheteur va intenter, puisqu'il est évincé, l'action *ex empto* contre son vendeur, comme dans le droit commun; mais cette action n'aura d'autre but que d'obtenir les actions que le créancier gagiste a en son pouvoir contre le débiteur, c'est-à-dire l'action *pignoratitia contraria* que l'acquéreur intentera alors contre le débiteur. Mais on peut objecter ceci : le créancier gagiste est désintéressé, par la vente du gage il n'a plus d'action contre le débiteur, comment, par conséquent, pourrait-il en transmettre à l'acquéreur? Nous admettons sans difficulté que les actions dérivant du contrat sont acquises par le prix de la chose et que l'acquéreur peut en user quand cela lui est nécessaire, c'est là une théorie juridique qui ne peut être mise en doute. Mais ces actions sont acquises en même temps que la *res*, elles s'éteignent au moment du contrat dans la personne du vendeur, et il n'est pas besoin, il n'est pas possible d'intenter l'action *ex empto* pour les obtenir.

La solution générale et incontestée est indiquée par

(1) Loi 38, *Dig.*, liv. XXI, t. 2 : « In creditore qui pignus vendidit, tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam præstet; habet autem contrariam pignoratitiam actionem, etc. »

Tryphoninus (1). Le recours, dit-il, s'exercera par une action utile ; le jurisconsulte ne donne aucune qualification à cette action, ce n'est donc ni l'action *ex empto* ni l'action *pignoratitia contraria*. Nous pensons que c'est l'action *negotiorum gestorum contraria utilis*. En effet, l'acquéreur qui paye entre les mains du créancier gagiste fait l'affaire du débiteur ; l'action qui découle de cette gestion d'affaire est donc celle qui se présente le plus naturellement à l'esprit comme devant être celle qui est donnée à l'acquéreur. D'un autre côté, ce qui nous fait penser que c'est bien l'action utile de gestion d'affaire qui est donnée à l'acquéreur, ce qui nous fait admettre cette opinion, c'est que, dans un cas analogue, un rescrit d'Alexandre Sévère donne cette solution (2). On pourrait peut-être objecter à cette théorie que le tiers acquéreur n'a pas fait uniquement l'affaire du créancier, mais qu'il a fait également la sienne que, dès lors, il est difficile de lui donner l'action de gestion d'affaire. Nous n'admettons pas cette objection, car les jurisconsultes sont d'accord pour donner cette action dans les cas où quelqu'un a fait les affaires d'un tiers, en même temps que les siennes ; du moment que les affaires du gérant d'affaires peuvent être séparées de celles de celui pour lequel on agit, il y a quasi-contrat, et, dès lors, il peut y avoir action.

(1) Loi 12, § 1^{er}, *Dig.*, liv. XX, t. 5.

(2) Loi 3 au Code, liv. III, t. 32 : « Mater tua vel maritus fundum tuum invito vel ignorante te vendere jure non potuit : sed rem tuam a possessore vindicare etiam non ablato pretio poteris. Sin autem postea de ea venditione consensisti, vel alio modo proprietatem ejus amisisti : adversus emptorem quidem nullam habes actionem : adversus venditorem vero de pretio negotiorum gestorum actionem exercere non prohiberis. »

Lorsque la vente du *pignus* a eu lieu, toutes les circonstances qui peuvent amener la résolution de la vente en droit commun se reproduisent ici : *lex commissoria*, *in diem addictio*, etc. Ce qui est plus spécial est ceci : la résolution de la vente pourra être demandée, non pas par le créancier gagiste, mais par le débiteur lui-même qui pourra se prévaloir de la résolution du contrat de vente, soit de son chef, soit au nom du créancier. Il y a des cas où le débiteur peut, de son chef, avoir des causes de résolution (1). La vente peut être rescindée : « dans tous les cas où l'édit viendra à son secours, » dit la loi que nous citons. Ce sont des cas de *restitutio in integrum*, quand il s'agit des pupilles ou de mineurs de vingt-cinq ans, ou encore quand le débiteur était absent au moment de la vente du *pignus*. La résolution du contrat de vente peut encore être demandée par le débiteur, non plus de son propre chef, mais au nom du créancier dans un cas qui nous est indiqué par la loi 13 au Digeste, liv. XIII, t. 7. C'est lorsque le créancier a inséré, en vendant le gage, la clause résolutoire suivante : « Si le débiteur rembourse à l'acheteur le prix, il aura le droit de reprendre le gage. » Supposons que le débiteur rembourse, la clause résolutoire va produire son effet ; mais qui aura l'action contre l'acheteur pour obtenir la restitution du *pignus* ? Ce sera le créancier gagiste, et non pas le débiteur, parce que ce dernier n'est pas partie au contrat ; la vente est pour lui *res inter alios acta*. Mais le texte nous dit que le créancier gagiste lui fera parvenir l'action qu'il a contre l'acheteur

(2) Loi 7, § 1, Dig., liv. XX, t. 7.

au moyen du mandat. Ce sera donc le débiteur qui agira, mais il le fera au nom du créancier.

Enfin, disons, pour terminer ce droit de vente qui appartient au créancier gagiste, que, lorsque celui-ci ne trouve pas de prix de vente convenable, il lui est loisible de garder le *pignus* et d'en devenir propriétaire, jusqu'à due concurrence. Pour arriver à ce résultat, il s'adresse à l'empereur et lui demande *ut bona debitoris jure domini possidere liceat*. C'est l'*impetratio domini*; c'est là une institution de l'époque classique; Justinien règle les détails de la procédure à suivre dans une constitution que nous trouvons au Code (loi 3, liv. VIII, t. 34).

Enhardi par les heureux résultats que produisait le gage, le prêteur accorda bientôt au créancier gagiste une action réelle qui lui permit de récupérer la possession du *pignus* quand il l'avait perdu. Jusqu'ici, en effet, nous avons vu que, après avoir eu seulement la détention de l'objet donné en gage, le créancier fut nanti de la possession qu'il lui fut permis de défendre au moyen des interdits. Les interdits étaient différents suivant que la chose engagée était un immeuble ou un meuble. Le créancier, menacé de perdre la possession d'un immeuble, invoquait l'interdit *uti possidetis* : s'il avait été chassé de l'immeuble par violence, il usait de l'interdit *unde vi*. S'il s'agissait, au contraire, d'un meuble, il pouvait, à condition d'avoir possédé le plus longtemps pendant l'année précédant sa dépossession, recourir à l'interdit *utrubi*, soit qu'il fût menacé de perdre la possession du meuble, soit qu'il en fût déjà dépouillé. Il y avait cependant des cas où les interdits étaient insuffisants pour protéger le créancier gagiste. Il fallait, en effet, un concours

particulier de circonstances pour que le créancier gagiste dépossédé d'un immeuble pût recourir à l'interdit *unde vi*. En un mot, la création des interdits était déjà un progrès sensible pour la situation du créancier gagiste, mais cela n'était pas suffisant. La création de l'hypothèque fit accomplir un dernier perfectionnement. Lorsque l'hypothèque fut créée, le prêteur dut sans doute être frappé par cette anomalie, que l'hypothèque qui n'était qu'un simple pacte conférait une action réelle, tandis que le gage qui était un contrat en était dépourvu. Une simple convention était ainsi sanctionnée d'une façon plus parfaite qu'un contrat, c'était là une bizarrerie juridique que le prêteur fit cesser en donnant au créancier la même action réelle que celle qui dérivait de l'hypothèque; et c'est à partir de ce moment qu'on put dire avec raison qu'entre le gage et l'hypothèque il n'y avait qu'une différence de nom.

Nous arrivons ainsi au terme de l'historique de la formation du contrat de gage. Disons, pour terminer, que, à mesure que les droits du créancier gagiste allèrent en augmentant, ceux du débiteur furent naturellement restreints dans la même proportion. A l'origine, la remise du *pignus* au créancier n'enlève aucun droit au débiteur, qui reste non seulement propriétaire, mais encore possesseur, le créancier n'ayant que la détention. Puis la possession est accordée au créancier; tout d'abord elle est dépourvue de sanction, puis elle est protégée par les interdits. Mais le débiteur reste propriétaire; il pouvait vendre et transférer la propriété; le prêteur donna bien l'exception : *nisi res pignoris nomine tradita fuerit*, mais, si le créancier venait à perdre son droit, c'était le débiteur qui pouvait seul revendiquer. Enfin, la création de

l'hypothèque vint réagir sur le gage, et le débiteur se trouva impuissant devant le créancier au moment où le droit prétorien donna à celui-ci le droit de suite, l'action dérivant de l'hypothèque, comme dit Ulpien à la fin de la loi 36 au Digeste, liv. IX, t. 4 (1), où il parle de l'action servienne au sujet du gage.

(1) Si quis servum pignoraturn deinde, a debitore subreptum, emerit a debitore; nomine ejus furti tenebitur, dominio servi adquisito nec aberit, quod Serviana potest ei homo avocari.

CHAPITRE III

De l'Hypothèque.

SECTION I

INTERDIT SALVIEN

Le gage, ainsi qu'on a pu le voir, est un instrument de crédit réel qui, même dans le dernier état du droit, ne réalise pas le type perfectionné auquel on peut aspirer. Il offre, en effet, cet inconvénient de contraindre le débiteur à donner parfois comme *pignus*, pour une petite dette, un objet dont la valeur est beaucoup trop considérable. D'autre part, il prive le débiteur de la jouissance et de l'usage d'un objet qui lui est parfois de première nécessité, mais qu'il est cependant obligé d'engager, n'en ayant pas d'autre qu'il pût fournir à son créancier. Nous savons qu'on peut remédier à cet inconvénient au moyen du précaire ou de la *locatio*, mais ces clauses, introduites par l'usage pour éviter les imperfections de la loi, prouvent justement que le *pignus* était un mode de sûreté réelle qui n'offrait pas toutes les commodités désirables, puisque les parties elles-mêmes étaient obligées de faire une œuvre qu'il appartenait à la loi d'effectuer. Ici encore, ce fut le droit prétorien qui apparut et qui, à l'aide de modifications successives destinées à perfectionner le *pignus*, arriva à créer un nouveau type de sûreté réelle, qui fut l'hypothèque.

L'hypothèse qui donna naissance au premier procédé prétorien destiné à remédier aux inconvénients du gage est la suivante. Il s'agit d'une *locatio prædii rustici*, bail d'une propriété non bâtie ; le preneur n'a pas autre chose à affecter en garantie que ce qu'il apporte sur le fonds pour l'exploiter, les objets désignés par l'expression *invecta et illata* que nous rencontrons souvent chez les auteurs. Les garanties réelles connues jusqu'alors étaient, dans ce cas, complètement insuffisantes. On ne pouvait songer à transférer, par l'aliénation fiduciaire, la propriété des *invecta et illata*, car on ne pouvait priver le fermier de la propriété de ses instruments aratoires ; pour la même raison, le contrat de gage était inapplicable, la possession des instruments ou objets nécessaires à l'agriculture étant indispensable au preneur. L'attention du prêteur fut attirée par cette situation, et il décida que, par la seule volonté des parties contractantes tous les *invecta et illata* deviendraient le gage du propriétaire, alors même que celui-ci n'en aurait pas la possession. Du reste, on peut voir à la rigueur, dans le fait d'apporter les *invecta et illata*, une sorte de possession exercée par le propriétaire par l'intermédiaire du *colonus* ; mais il n'y a ici, remarquons-le, ni transfert de propriété, donc pas d'action réelle, ni de tradition, donc pas d'interdits, ni de contrats, donc pas d'action contractuelle. Le propriétaire ne jouissait donc d'aucune voie judiciaire jusque-là admise ; cependant il pouvait en avoir besoin, soit parce qu'il n'était pas payé, soit parce que le *colonus* avait déplacé frauduleusement le gage. Il arrivera à ce résultat, par un moyen spécial, créé uniquement pour l'hypothèse dont il s'agit, et qu'on nomma *interdit Salvien*, du nom de son auteur. A quelle

époque remonte l'interdit Salvien ? quel en est l'auteur ? C'est là un point obscur. Cujas pense qu'il émane de Salvius Julianus (1), lequel vivait sous Adrien. Cette opinion nous semble difficile à admettre, car au liv. XLIII, tit. 33, du Digeste, nous avons un texte du même Salvius, lequel parle de l'interdit Salvien comme d'une chose connue avant lui, et non pas comme une création juridique dont il serait l'auteur. Ce qui corrobore cette manière de voir, c'est que Salvius distingue l'interdit proprement dit et l'interdit utile ; or, les interdits utiles naquirent toujours longtemps après les interdits directs, par un progrès de la jurisprudence, de même que les actions utiles naquirent après les actions directes. Pour nous, nous estimons que l'interdit Salvien est antérieur à l'action servienne ; or, l'action servienne elle-même existait avant Salvius Julianus, car ce jurisconsulte en fait mention dans un texte du Digeste (2).

La plus importante de toutes les classifications des interdits les divise en *restitutoires*, *exhibitoires* et *prohibitoires*. Dans quelle catégorie rentre l'interdit Salvien ? Le but poursuivi par le Salvien pouvait être atteint en classant cet interdit parmi les restitutoires ou parmi les prohibitoires. C'est donc entre ces deux formes d'interdits que nous avons à nous prononcer.

Un premier système, partant de ce principe que l'interdit Salvien est un interdit *adipiscendæ possessionis causa*,

(1) *Salvianum appellatur a Salvio Juliano, forte auctore ejus* » (Jacobi Cujacii *Comment. in lib. VIII Codicis*).

(2) *Dig.*, loi 13, liv. XXVIII, t. 8 : « Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa ejus possessione, Serviana actione petierit. »

et que la plupart des interdits de ce genre (par exemple, les interdits *quod legatorum et quorum bonorum*) sont restitutoires, on conclut que le Salvien est un interdit restitutoire. On fortifie cette doctrine, en disant qu'au Code les interdits Salvien et *de precario* sont rangés sous la même rubrique (liv. VIII, t. 9), et que cela semble indiquer qu'ils sont régis par les mêmes règles, et sont de même nature ; or, l'interdit *de precario* est un interdit restitutoire (1).

Ce système ne repose que sur des arguments d'analogie ; nous répondrons tout d'abord que tous les interdits *adipiscendæ possessionis causâ* ne sont pas restitutoires ; d'autre part, la réunion des interdits *de precario* et Salvien au même titre du Code n'est pas un argument suffisant ; nous pouvons lui opposer ce fait qu'au Digeste tous les interdits qui précèdent l'interdit Salvien sont prohibitaires ; ce n'est pas sans raison, sans doute, qu'on a traité en cet endroit du Salvien, et il n'est pas dit que la nature des interdits soit changée quand on arrive à parler du Salvien.

Tous ces arguments ont la même force et ne sont guère persuasifs ; examinons donc le but poursuivi par le Salvien ; nous avons dit qu'il pouvait être atteint également par la forme restitutoire ou prohibitaire, mais n'y aurait-il pas cependant quelque avantage à employer l'une plutôt que l'autre ? Or, le préteur va-t-il dire au colon : J'ordonne que tu restitues ; ou va-t-il lui défendre d'apporter aucun obstacle à l'appréhension par le propriétaire ?

Cette dernière façon de procéder nous paraît préférable ;

(1) *Sic*, Cujas, *loc. cit.*

elle laisse, en effet, plus de liberté au propriétaire qui peut se mettre en possession quand il le veut, l'interdit défendant au fermier de mettre obstacle aux droits du propriétaire le jour où celui-ci voudra les exercer; enfin, nous avons un texte au Digeste (1) qui nous apprend que cette façon de procéder est conforme à l'usage romain : « Une manière de faire entrer quelqu'un en possession d'une chose déterminée est de défendre au possesseur actuel de faire opposition à celui qui veut entrer en possession. » Nous estimons donc que l'interdit Salvien est un interdit prohibitoire (2).

L'intérêt de cette question se réfère à la procédure. Dans les interdicts prohibitoires, Gaius nous l'apprend (*Comm.* 4, § 147) la procédure est toujours *cum pœnâ*, les parties contractant une sorte de gageure au moyen de deux paris réciproques, de stipulations. Dans les interdicts restitutoires au contraire, cette procédure *cum pœnâ* ou *per sponsionem* pouvait être écartée.

L'interdit Salvien appartient avant tout au *dominus fundi rustici* pour se faire mettre en possession des objets qui lui ont été donnés en gage; nous pensons aussi, bien que les textes ne le disent pas expressément, qu'il appartient à l'usufruitier ou au possesseur de bonne foi, car il n'y pas de raison pour le leur refuser, et ils peuvent avoir le même intérêt. Mais n'y a-t-il pas eu d'autres personnes qui aient pu se servir de ce moyen de contrainte? Le Salvien a-t-il toujours été restreint à cette hypothèse de louage d'un fonds rural, ou bien a-t-il appartenu par

(1) Loi 52, § 2, *Dig.*, liv. XLI, t. 2 : « Species inducendi in possessionem alicujus rei est prohibere ingredienti vim fieri. »

(2) Sic, Piédelièvre, *Cours de Pandectes professé à Rennes*, 1893-94.

la suite à tout créancier hypothécaire? Y a-t-il eu un interdit quasi-Salvien? On l'a affirmé en disant que le Salvien comportait, dès le principe, cette extension, et qu'il dut y avoir un interdit quasi-Salvien, de même qu'il y eut une action quasi-servienne après l'action servienne. Nous ne le pensons pas, et voici pourquoi : la nature du Salvien s'opposait à cette extension ; en effet, l'hypothèse pour laquelle il a été créé est toute spéciale, et il n'y a nulle part d'hypothèse analogue ; les *invecta* et les *illata* ne pouvaient être données en gage, c'est pourquoi le Salvien a été créé ; mais c'est là un cas unique, tous les autres objets pouvaient être donnés en *pignus* ; on ne voit donc pas quelle raison on aurait eu pour donner l'interdit Salvien à des personnes qui pouvaient faire un contrat de gage. On argumente par analogie de l'action quasi-servienne vis-à-vis de l'action servienne. Mais la situation n'est pas la même ; l'action servienne avait pour but d'exercer un droit réel, un *jus in re* ; il était naturel qu'elle fût étendue *utilitatis causâ* à toutes les personnes qui voudraient user du même droit ; le Salvien, au contraire, avait pour but uniquement de régler une possession de fait (que le propriétaire n'avait pu se faire mettre en possession du gage). L'hypothèse la plus voisine de la nôtre est celle de location d'un *prædium urbanum*, mais il n'était nullement besoin dans ce cas d'un interdit quasi-Salvien pour que le propriétaire puisse exercer son droit, car il avait le droit de s'opposer par la *perclusio* à la sortie des meubles.

On a voulu fortifier l'opinion que nous combattons au moyen de plusieurs textes du Digeste, mais les termes dont se servent les auteurs, les situations qui sont prévues, sont trop vagues, il nous semble, pour

pouvoir triompher du raisonnement que nous avons exposé (1).

Pour pouvoir user de l'interdit Salvien, il fallait que le *dominus* ne l'ait pas encore intenté, car il avait pour but de donner une possession que l'on n'avait pas encore eue, c'était un interdit *adipiscendæ possessionis causâ*. Il fallait, en second lieu, qu'il y eût convention de gage formelle entre le bailleur et le preneur ; Gaius nous le dit expressément (2).

Certains auteurs, entre autres M. Accarias, appliquent cette règle si rigoureusement qu'ils disent que le bailleur n'a pas le droit d'user du Salvien pour les fruits perçus sur le fond (car il n'y a pas eu de convention expresse quant à ceux-ci), bien que la loi 7 au Digeste, liv. XX, t. 2, nous apprenne que, lorsque l'hypothèque fut créée, on considéra ces fruits comme frappés d'une hypothèque tacite au profit du propriétaire. Enfin, la troisième condition nécessaire pour l'exercice de l'interdit Salvien est l'introduction sur le fonds d'objets appartenant au fermier. Des textes formels l'exigent, par exemple, les lois 1 et 2 au Digeste, liv. XLIII, t. 33, qui emploient les mots *ducere, invecata, inferre*, expressions indiquant bien que les objets dont il s'agit ont été amenés, ont été introduits d'une façon quelconque sur le fonds où ils ne se trouvaient pas précédemment. Cependant il ne faudrait pas prendre trop à la lettre ces

(1) Notamment loi 2, § 3, *Dig.*, liv. XLIII, t. 1 ; — *Sent.* de Paul, p. 16, liv. V, t. 6 ; — loi 1 au Code, liv. VIII, t. 9.

(2) *Gaii Institut.* ch., IV, § 147 : « Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis causa, comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. »

expressions ; un texte de Pomponius dit qu'il suffit que les objets aient été apportés sur le fonds pour y rester à demeure fixe (1). Il est donc présumable que l'édit des prêteurs étendait le droit du bailleur aux choses nées ou fabriquées sur le fonds lui-même : *invecta, illata, aut ibi nata paratave*.

Le Salvien est donné contre le fermier et ses héritiers ; nous pensons aussi qu'il peut être intenté contre les tiers ayants-cause du colon, par exemple des donataires ou des acheteurs, et voici pourquoi. Si le propriétaire avait reçu un *pignus depositum* du droit civil et que le créancier perdît la possession du *pignus*, le gagiste pourrait par l'interdit *utrubi* recouvrer sa possession. Or, le Salvien a été créé pour suppléer au défaut de transmission de la chose engagée par le colon, il faut donc que la situation du créancier soit rendue aussi solide que si le gage avait été remis. La loi 1 au Digeste, liv. XLIII, tit. 33, prévoit formellement l'hypothèse d'un acheteur contre lequel on agit par l'interdit Salvien. Cette question ne ferait pas difficulté si la loi 1 au Code, liv. VIII, t. 9, ne semblait fournir un argument en sens inverse (2). L'empereur Gordien, dans ce texte, répond à un créancier qui demande comment il peut agir contre son débiteur qui a aliéné les objets

(1) Loi 7, *Dig.*, liv. XX, t. 2 : « Videndum est ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola quæ, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint. »

(2) Loi 1 au Code, liv. VIII, t. 9 : « Si, te non remittente pignus, debitor tuus ea quæ tibi obnoxia sunt venumdedit, integrum tibi jus est ea persequi, non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit), sed Serviana actione, vel quæ ad exemplum ejus instituitur, utilis adversus emptorem exercenda est. »

remis en gage; et il lui dit qu'il peut se servir de l'action servienne ou quasi-servienne, mais non pas de l'interdit Salvien. Plusieurs explications ont été fournies; les unes s'appuyant sur les mots : *si te non remittente pignus*, et distinguant entre le possessoire et le pétitoire, disent que le *locator* a renoncé au possessoire, en ne s'opposant pas au droit d'appréhension, et qu'il ne peut plus user du Salvien pour cette raison, mais qu'il n'a pas renoncé au pétitoire et qu'il peut se servir de l'action servienne. Nous préférons l'explication fournie par M. Accarias (1) qui voit dans ce rescrit, une hypothèse autre que celle de *locatio* d'un *fundi rustici*; le refus de l'interdit n'a alors rien d'extraordinaire, puisque le Salvien n'a été créé que pour le cas de louage d'une ferme.

Toutefois, nous ne partageons plus l'avis de M. Accarias en ce qui concerne la question de savoir à quel moment peut être intenté le Salvien. Contre le tiers, dit M. Accarias, le *locator* peut agir quand il le veut; mais contre le preneur il ne le peut que si les fermages n'ont pas été payés; le Salvien ne saurait être exercé s'il n'y a pas de fermages échus. Nous n'admettons pas cette distinction, nous pensons que le propriétaire peut agir contre le fermier, même avant l'échéance des fermages pour entrer en possession du gage, et nous établissons notre opinion sur les textes suivants : « Si le loyer n'est pas encore dû, cet interdit, dit Labéon (2), ne

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, note 1 sous le n° 963.

(2) Loi 1 (4), *Dig.*, liv. XLIII, t. 32 : « Si pensio nondum debeatur, ait Labeo, interdictum hac cessare, nisi paratus sit eam pensionem solvere. »

peut être intenté à moins que le locataire ne soit prêt à payer le loyer en question. » Il s'agit ici de l'interdit *de migrando*, donné au locataire d'une maison (*fundi urbani*) contre son propriétaire pour obtenir la délivrance de ses meubles, que le propriétaire aurait mis sous clef afin de garantir le prix du loyer. Labéon se demande si, avant le terme, le locataire peut intenter l'interdit *de migrando* ; c'est donc que le propriétaire a le droit d'enfermer les meubles de son locataire avant l'échéance du terme ; or, si le propriétaire d'un *fundus urbanus* a le droit d'agir de cette sorte, pourquoi n'en serait-il pas de même d'un *dominus fundi rustici* ? Nous ne voyons pas la raison de cette différence. La loi 14 au Digeste, liv. XX, t. 1, nous semble encore appuyer cette solution : « On s'est demandé, dit Ulpien (1), si, alors que l'échéance du loyer ne s'était pas encore produite, le propriétaire pouvait poursuivre son gage, et je pense que cette poursuite du gage peut être intentée, car cela est intéressant pour le propriétaire. » Ici, il s'agit bien du *locator fundi rustici* et de l'interdit Salvien : en effet, ce texte doit s'entendre de l'hypothèse d'une *locatio*, le mot latin *pensio* l'indique. Or, il ne peut être question ici d'une location de maison, car dans ce cas le propriétaire n'a, pour poursuivre son gage, que l'action hypothécaire, et cette action ne peut s'intenter avant l'échéance du terme ; c'est donc le Salvien que vise le texte dont nous nous occupons, et Ulpien dit

(1) Loi 14, *Dig.*, liv. XX, t. 1 : « Quæsitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit ? Et puto dandam pignoris persecutionem quia interest mea. Et ita Celsus scribit. »

expressément qu'il peut être intenté avant l'échéance du terme.

En l'absence de textes, on admet que le Salvien peut être intenté perpétuellement contre le colon par le propriétaire, mais *quid* contre les tiers? Pour résoudre cette question, il faut se rappeler que le Salvien supplée au défaut d'appréhension possible du gage par le propriétaire. On peut donc, en droit, considérer le propriétaire comme possédant par son fermier; par conséquent, toutes les fois que le fermier lui-même pourra intenter l'interdit *utrubi*, le propriétaire aura le droit de le faire; la seule limitation que nous voyons donc à ce droit est celle qui résulterait d'une possession suffisante par le tiers acquéreur; dans ce cas, celui-ci triompherait par l'interdit *utrubi* contre le fermier; nous estimons qu'alors le propriétaire est impuissant.

Ceci suppose que le Salvien n'est qu'un moyen possessoire, c'est-à-dire qu'il n'emporte qu'une décision et ne tranche pas la question de droit. Le jurisconsulte Paul (1), en effet, divise les interdits en deux grandes branches : ceux qui *rei persecutionem continent*, ceux qui *possessionis persscutionem continent*. C'est la distinction du pétitoire et du possessoire moderne. Les interdits *retinendæ* et *recuperandæ* (*possessionis*) sont possessoires; faut-il en conclure que les interdits *adipiscendæ possessionis causâ* sont pétitoires? Le Salvien est-il pétitoire? M. de Savigny le pense, et voici les arguments sur lesquels il s'appuie. Il en est, dit-il, pour la qualification des interdits comme pour celle des actions ou des voies judiciaires en général; de même, par exem-

(1) Loi 2, § 2, *Dig.*, liv. XLIII, t. 1.

ple, qu'on appelle *revendication* l'action qui se base sur la propriété qui est revendiquée, de même on appellera *possessoire* un interdit qui se fonde sur la possession affirmée par le demandeur. Mais on ne peut qualifier de *possessoires* les interdicts *adipiscendæ possessionis* qui ont pour but d'obtenir une possession qu'on n'a jamais eue. Nous répondrons à cela qu'on nomme *possessoires* toutes voies judiciaires dont le but est d'obtenir la possession. M. de Savigny fait une équivoque sur le mot *possessoire*; il voit le point de départ alors qu'il faut considérer le but à atteindre. Notre manière de voir est, du reste, conforme aux textes entre le possessoire et le pétitoire, entre l'interdit et l'action (1).

Mais, dit encore M. de Savigny, il y a bien d'autres voies judiciaires qui n'aboutissent, elles aussi, qu'à la possession, qui n'ont que ce but; les qualifierez-vous pour cela de *possessoires*? Par exemple, un débiteur a donné un gage à son créancier; ce gage est revenu entre les mains du débiteur, le créancier intente l'action *pignoratitia* pour l'avoir de nouveau; il tend uniquement à la possession, direz-vous que c'est une action possessoire? De même l'action *empti*, de même l'action *venditi*, etc.

Nous pensons que dans ces actions la restitution de la possession n'est pas le but principal, comme dans l'interdit; ces actions mettent en jeu une question de droit; quand il agit par l'action *pignoratitia* par exemple, le créancier fait reconnaître son droit de gage, et c'est comme conséquence de ce droit qu'il poursuit la

(1) Voyez loi 14, § 3, *Dig.*, liv. XLIV, t. 2-loi 1, § 4), *Dig.*, liv. XLIII, t. 3.

possession; l'analogie ne peut donc avoir lieu, et cet argument de Savigny ne tient pas.

Nos adversaires essaient de confirmer leur système en disant qu'on ne peut placer les interdits *adipiscendæ possessionis causâ* sur la même ligne que les autres. Car, disent-ils, la possession n'est pas un droit, mais un fait; par conséquent, le trouble de la possession n'est pas, à lui seul, capable de donner ouverture à une action judiciaire, puisque ce trouble est la violation d'un fait, et non d'un droit. Mais, lorsque ce trouble est accompagné d'une violence, la violence étant un délit, c'est elle qu'il faut punir; dans tous les interdits on trouve ainsi une possession troublée par violence, sauf dans les interdits *adipiscendæ possessionis* où le cas n'est pas le même, puisqu'il s'agit d'une possession qu'on n'a pas et qui, par conséquent, n'a pu être violentée. Et M. Savigny cherche à démontrer qu'il y a un délit sous tous les interdits *retinendæ* ou *recuperandæ possessionis*.

Nous ne le suivrons pas dans cette voie; nous remarquerons seulement qu'il est difficile de concilier cette théorie avec les interdits doubles : *quem fundum*, *quam hereditatem*, etc., qui sont ainsi nommés parce qu'ils sont ou *adipiscendæ* ou *recuperandæ possessionis* suivant que le demandeur a eu ou n'a jamais eu la possession. Le système que nous combattons ferait qu'ils seraient tantôt *rei* persécutoires, tantôt *possessoris* persécutoires; il nous semble difficile d'admettre que leur nature peut ainsi se modifier.

Pour notre part, nous estimons que le Salvien est une voie purement possessoire, et voici pourquoi : si l'on dit que l'interdit Salvien met en cause le droit du *dominus*, il est extraordinaire qu'il ne puisse être exercé

qu'une seule fois et que le *dominus* fût déchu de son droit (ce qui arriverait en cas de non-succès, si l'on admet que c'est une voie pétitoire) uniquement à cause de ce fait que le propriétaire a perdu la possession des *invecta* et *illata* ; au contraire, si l'on admet, comme nous le faisons, que c'est une voie possessoire, on conçoit fort bien qu'il ne puisse être donné qu'*adipiscendæ possessionis causâ*.

Enfin, la loi 2 au Digeste, liv. XLIII, t. 33 (1), nous montre que le succès remporté par l'interdit n'est pas définitif, puisqu'on a encore le recours de l'action ; or, si l'interdit avait le même effet que l'action, on ne voit pas pour quelle raison on aurait introduit ainsi deux voies judiciaires pour aboutir au même résultat.

Du reste, cette façon d'envisager le Salvien est bien plus conforme à la théorie générale de cet interdit. On s'explique ainsi que le Salvien puisse être intenté par le *dominus* avant l'échéance des fermages, puisqu'il s'agit uniquement d'une question de possession ; on s'explique de même que, lorsqu'il s'agit du Salvien, il puisse y avoir lieu à l'application de la maxime : *In pari causâ melior est causa possidentis*, ce qui a lieu lorsque les objets ont été constitués en gage à deux bailleurs. Tout cela serait bien plus difficile à comprendre si l'on admettait que le Salvien est pétitoire (2).

Nous terminons cet aperçu de l'interdit Salvien par

(1) « In Salviano interdicto, si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecta, possessor vincet ; et erit eis descendendum ad Servianum iudicium. »

(2) M. Mainz, *Cours de droit romain* (t. 1, note 19, p. 758), estime également que l'interdit Salvien était prohibitoire.

ces mots de M. Machelard (1) : « Nous ne doutons point que l'interdit Salvien ne soit antérieur à l'action servienne dont la date est également incertaine, mais qui se présente en droit romain bien longtemps avant Julien. On a quelquefois prétendu qu'un rapport inverse devait exister entre ces deux voies. Suivant l'ingénieuse critique de Rudorff, cela équivaut à prétendre que l'invention de l'arbalète est postérieure à celle des armes à feu. »

SECTION II

DE L'ACTION SERVIENNE. — ÉLÉMENTS DE LA FORMULE.

L'interdit Salvien, dit M. Mainz (2), constituait sans doute un progrès réel, mais il laissait encore à désirer, d'abord parce qu'il ne donnait toujours que la simple garantie de fait résultant de la possession, ensuite à cause des chances pénales de la procédure. Cet interdit, en effet, ne protégeait pas suffisamment le créancier au moins pour atteindre les tiers ; en effet, dans ce cas, le créancier ne pouvait l'intenter avec succès qu'autant que le fermier lui-même pouvait réussir par un interdit de droit commun, l'interdit *utrubi* ; nous en avons vu la raison, son droit était basé sur la possession, possession qu'il était censé exercer par l'intermédiaire de son fermier.

(1) Machelard, *Théorie générale des interdicts en droit romain*, p. 108, note 1.

(2) Mainz, *loc. et op. cit.*

Puis le Salvien était un interdit *adipiscendæ possessionis causâ*, c'est-à-dire qu'après l'avoir intenté une fois on ne pouvait plus en user; c'était là un très grave inconvénient. D'autre part, contre les tiers eux-mêmes, c'était une mesure beaucoup trop rigoureuse. En effet, en supposant toutes les conditions réalisées, la seule preuve que le créancier devait apporter était celle-ci : « Y a-t-il eu convention expresse de gage? » Si l'affirmative pouvait être prouvée le créancier triomphait aussitôt; on ne se préoccupait pas des autres questions. Aussi le Salvien ne fut-il qu'un pas fait par le prêteur dans la voie d'un moyen plus parfait de garantie réelle, résultant de ce concept nouveau d'une sûreté fournie par une simple convention.

Le but à atteindre était celui-ci : il fallait que le créancier ait une sûreté analogue à celle résultant de l'aliénation fiduciaire; celui à qui était consentie une mancipation *fiduciæ causâ* avait une action réelle; il fallait donner au créancier une *in rem actio*, au moyen de laquelle le propriétaire pût revendiquer les objets qui étaient son gage. Mais si le prêteur donnait aussi une action réelle, un droit réel, il fallait que la preuve soit plus profonde. Aussi le droit prétorien exigea-t-il la preuve du droit; il ne suffit plus de prouver la convention, il fallut prouver qu'au jour où fut passée cette convention le fermier avait la propriété des *invecta* et des *illata*.

Cette action réelle s'appela *action Servienne*, du nom du prêteur Servius. Quel était ce prêteur? A quel moment cette action fut-elle créée? Il est impossible de répondre à ces questions avec certitude. Après avoir pensé d'abord que l'auteur de l'action Servienne était le célèbre Servius Sulpicius, contemporain de Cicéron, les auteurs sont

aujourd'hui d'accord pour repousser cette opinion⁽¹⁾, car il résulte des écrits de Cicéron (*Pro Murena*, 20) que ce préteur Servius n'était pas chargé de l'administration de la justice; il lui était donc difficile de voir les lacunes du droit assez attentivement pour y chercher remède. Mais on croit pouvoir affirmer que l'hypothèque conventionnelle tout au moins était déjà connue dès le temps de la République, car Cicéron en fait mention; toutefois nous devons faire remarquer que le célèbre orateur parlait, non pas de l'Italie dans ce passage, mais bien d'une province grecque, ce qui diminue singulièrement l'importance du renseignement que ce texte peut nous fournir. Ce que l'on peut dire avec certitude, c'est que, ainsi que nous l'avons remarqué plus haut en citant M. Machelard, l'action Servienne a été créée longtemps avant le jurisconsulte Julien, car celui-ci en parle comme d'une chose connue de son temps⁽²⁾.

La formule de l'action Servienne est inconnue; les auteurs ont reconstitué cette formule, et principalement celle de l'action Quasi-Servienne (voyez M. Accarias, t. 2, p. 867, n° 1); il est tout au moins possible d'indiquer ce qu'elle contenait. La formule de l'action Servienne contenait tout d'abord une convention de gage, la mention de la convention intervenue entre le propriétaire et le fermier sur les *invecta* et des *illata*; et ceci nous indique que l'action Servienne devait avoir une formule conçue *in factum*. Car le demandeur ne pouvait pas invoquer de droit qui servît de fondement à l'action qu'il

(1) Sic, Mainz, *loc. et op. cit.*

(2) *Dig.*, liv. XIII, t. 7, loi 28 : « Si creditor qui rem pignori acceperat, amissa ejus possessione, Serviana actione petierit. »

intentait. Quel droit invoquer, en effet, puisque les lois civiles ne donnaient aucun droit réel pour cette simple convention. Le demandeur va donc invoquer un fait, et ce fait sera la convention intervenue, laquelle servira de base à l'action donnée par le prêteur. « C'est en effet, dit M. Mainz (1), un droit réel qui se trouve créé par l'action Servienne, mais ce droit existe en dehors du *jus civile, tuitione prætoris*; aussi la formule est-elle *in factum concepta*. » En ce qui concerne ce premier point, il y a identité entre la formule de l'action Servienne et celle de l'interdit Salvien.

Le second élément de la formule est la mention que le fermier a le droit de disposer des *invecta* et des *illata* et de constituer un droit réel au profit du propriétaire. La loi 6 au Code, liv. VIII, nous le dit *in fine* (2) : « Le père de famille, qui a transmis à ses fils un fonds à titre de donation, ne peut pas l'hypothéquer à son créancier; s'il l'a fait, il s'oblige par l'action *pignoris contraria*, mais on ne pourra pas s'en prendre au propriétaire du fonds, car il est évident que la formule de l'action Servienne contient ceci, qu'on ne peut s'obliger que pour les choses qui étaient *in bonis obligandis*. » Nous remarquerons l'expression très large dont se sert le texte, *in bonis*. Qu'est-ce qu'avoir la chose *in bonis*? C'est évidemment en être propriétaire; mais on peut avoir la chose *in bonis* sans en être propriétaire. Modestin nous apprend ce

(1) Mainz, *Cours de droit romain*, t. 1, p. 759, note 24.

(2) Loi 6 au Code, liv. VIII, t. 16 : « Quæ prædium in filios, a se titulo donationis translatum, creditori suo dat pignori, se magis contrario pignoratitio obligat iudicio, quam quicquam dominis noceat: cum Serviana etiam actio declaret evidenter, jure pignoris teneri non posse nisi quæ obligantis in bonis fuerint, »

qu'il faut entendre par ces mots (1) : on a la chose *in bonis* toutes les fois que, ayant la possession de cette chose, nous avons à notre disposition une exception pour repousser ceux qui voudraient attaquer notre possession, ou toutes les fois que nous avons une action pour recouvrer la chose si nous en avons perdu la possession.

Quand le créancier intentera l'action Servienne contre un tiers détenteur quelconque des *invecta* et des *illata*, pour les remettre entre ses mains, il ne sera pas obligé de démontrer que le fermier est encore en possession; ce qu'il faut qu'il démontre, c'est que jadis, quand la convention a été passée, les *invecta* et les *illata* étaient alors dans l'*in bonis* du fermier. Nous devons insister sur cette dernière condition; elle nous est indiquée par la loi 3 au Digeste, liv. XX, t. 1 (2) : « Si un débiteur qui revendiquait sa chose a succombé parce qu'il ne peut pas démontrer que la chose est à lui, il n'en faut pas moins conserver l'action Servienne au créancier, s'il prouve que la chose était dans les biens du débiteur, au temps où le gage a été constitué. De même, si le débiteur a perdu son procès en revendiquant l'hérédité, le juge de l'action Servienne, laissant de côté le jugement rendu sur la *petitio hereditatis*, devra examiner la validité du gage. » La première phrase de ce texte prévoit l'hypo-

(1) Loi 52, *Dig.*, liv. XLI, t. 1.

(2) « Si superatus sit, debitor qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret; æque servanda erit creditori actio Serviana probanti res in bonis illius eo tempore quo pignus contrahebatur fuisse. Sed et si victus sit debitor vindicans hereditatem, iudex actionis Servianæ neglecta de hereditate dicta sententia pignoris causam inspicere debet. »

thèse suivante qui est résolue conformément aux principes que nous avons indiqués. Un débiteur a donné une chose en gage à son créancier ; ce gage est actuellement entre les mains d'un tiers, et il le revendique ; il perd son procès. Le créancier, nous dit le texte, ne perd pas pour cela l'action Servienne qui lui a été conférée, car le débiteur peut ne pas être propriétaire actuellement, mais l'avoir été, le jour où la convention de gage a été passée.

La seconde phrase du texte que nous avons cité prévoit le cas suivant. Un débiteur a conféré une hypothèque à un créancier sur une chose qui, à la suite d'une circonstance quelconque, passe dans le patrimoine d'un tiers ; ce tiers meurt, le débiteur, on le suppose, réclame l'hérédité, mais il est évincé. Le créancier ne pourrait-il pas faire valoir contre les héritiers l'action Servienne qui lui a été conférée ? Si certainement, car le créancier n'a qu'à prouver, pour triompher, que la chose était *in bonis debitoris* au moment où l'hypothèque a été constituée.

Le troisième élément de l'action Servienne est la mention que devra contenir la formule que le créancier n'a pas été désintéressé. Le créancier qui est demandeur, qui demande qu'on lui délivre la formule, pour agir contre le débiteur, devra démontrer qu'il n'a pas reçu satisfaction. Le défendeur, le fermier, se défendra, soit en démontrant qu'il a payé, soit en démontrant que le demandeur était en demeure de recevoir.

Enfin la formule contient la mention : *nisi restituat* ; l'action Servienne est, en effet, une action arbitraire ; ceci est conforme aux principes généraux du droit, car c'est une action réelle, et en principe toute action réelle est arbitraire.

SECTION III

DE L'ACTION QUASI-SERVIENTE. — CRÉATION DE L'HYPOTHÈQUE.

— SON ORIGINE

Voyons maintenant comment l'action Quasi-Serviente ou hypothécaire a pu naître de l'action Serviente, du cas particulier visé par le prêteur. Le nouveau système de garantie institué par le prêteur romain était nécessaire, nous l'avons vu, entre fermier et locateur, parce que les anciennes formes de garantie réelle étaient inapplicables en cette matière. En droit, on aurait pu admettre le *pignus* avec convention de précaire, mais en fait cela était impossible, car le propriétaire veut pour lui, à titre de gage, tout ce qui se trouve dans la ferme. Or, il y a là des changements perpétuels, le croît des animaux, les enfants des esclaves, les récoltes, etc. ; il eût donc fallu à chaque fois, pour chaque nouvel objet, une nouvelle convention de *pignus* accompagnée d'une nouvelle convention de précaire. En fait cela était presque impossible. Aussi le pacte qui n'exige que le consentement des parties, et qui porte sur tout le mobilier présent et futur, était-il beaucoup plus simple.

Mais, pour tout débiteur, la situation n'est pas la même que pour le *colonus*. Ici le transfert de propriété avec pacte de fiducie était possible et se faisait presque journellement, quand on ne se contentait pas du *pignus*. Toutefois, dans l'histoire de la jurisprudence romaine, il devait arriver nécessairement qu'on désirât voir se généraliser le moyen si commode créé par le prêteur pour

une hypothèse spéciale. C'est ce qui se passa en effet, et bientôt la simple convention put, dans tous les cas, créer un droit aboutissant à une action qui fut l'action Quasi-Servienne ou hypothécaire; l'hypothèque était créée.

Il est impossible de dire à quelle époque s'opéra cette extension de l'action Quasi-Servienne; on sait seulement que cela était arrivé avant Plaute et Térence, c'est-à-dire un siècle et demi ou deux avant J.-C. On trouve, en effet, dans Plaute les mots : *si me apponam pignori*; or, dans la langue romaine ces mots avaient une signification spéciale; il y a le *pignus fiduciarium*, le transfert de propriété, l'aliénation fiduciaire, le *pignus depositum*, la garantie résultant du transfert de possession, le gage proprement dit; il y a enfin le *pignus oppositum*, le droit d'hypothèque sans transfert de propriété ni de possession. Certains auteurs font remonter cette modification plus haut; ils la considèrent comme contemporaine des guerres d'Annibal. Tite-Live dit qu'à cette époque il y eut de grands changements dans la fortune de la société romaine. Peut-être le pacte prétorien, qui, étant secret, ménageait le crédit et l'amour-propre des Romains, en est-il la conséquence, mais ce ne sont là que des hypothèses. Nous n'avons pas plus la formule de l'action Quasi-Servienne que celle de l'action Servienne; elle était probablement la même, avec cette différence qu'on faisait disparaître les expressions qui se rapportaient à l'hypothèse spéciale du fermier (1). Quant à la manière

(1) M. Accarias (t. 2, p. 867, n° 1) la reconstruit de la façon suivante : « Si paret eam rem, de qua agitur, ab illo cujus in bonis tum fuit Aulo Agerio pignori hypothecæ propter mutuum pecuniam obligatam esse, neque eam pecuniam solutam aut ejus nomine satisfac-

dont les textes qualifient cette extension, elle est très diverse. Les *Institutes* (1) sont très explicites : elles opposent l'action Servienne à l'action Quasi-Servienne, en leur donnant à chacune leur rôle spécial. Le plus souvent les textes donnent à l'action hypothécaire le nom d'action Servienne tout simplement. Quelquefois on rencontre aussi l'expression *Serviana utilis*, quelquefois l'expression *pignoratitia*, d'autres fois les mots *in rem actio, vindicatio, persecutio pignoris*. La loi 19 pr. au Digeste, liv. XXXIX, t. 2, emploie l'expression *jus in eâ re*, droit réel. Mais ce droit réel, si on l'analyse, présente un caractère tout spécial ; un droit réel, en général, a pour objet d'attribuer à l'ayant-cause un certain droit, en sorte que le titulaire peut immédiatement en tirer quelque chose, par exemple un droit réel de servitude ; l'ayant-cause a le droit d'user immédiatement de la servitude qui lui est accordée. L'hypothèque est beaucoup moins ou beaucoup plus que cela. Quand le terme de la dette n'est pas échu, le titulaire n'a aucune puissance sur la chose, aucun droit actuel ; au contraire, la dette étant échue et n'étant pas payée, il a un droit réel beaucoup plus considérable que n'ont les titulaires d'un droit réel ordinaire ; on acquiert une servitude, c'est pour en user ; on acquiert une hypothèque, c'est au contraire avec espoir de ne pas en user. C'est que l'hypothèque est avant tout une garantie, et c'est ce qu'expriment

tum fuisse, neque per Aulum Agerium stare quo minus, solvatur satisve fiat, nisi arbitrato tuo N^r N^r aut rem A^o A^o restituat aut pecuniam solvat, quanti ea res erit, tantam pecuniam Num Num A^o A^o condemna. »

(1) *Institutes*, liv. IV, t. 6, §§ 7 et 31.

fort bien les Latins par l'expression dont ils se servent pour désigner l'hypothèque; ils disent : *obligatio rei*, c'est la chose qui doit; dans une dette personnelle ils disent : *obligatio personæ*; ces deux expressions se font pendant et sont opposées l'une à l'autre. Paul au livre IV de ses Réponses (1) met bien cette opposition de termes en lumière. Tout ceci est dit pour prouver que le droit conféré par la convention hypothécaire n'est pas seulement un droit de créance, comme on l'a prétendu, mais bien un droit réel. C'est un rapport de droit complexe, dit M. Cuq (2). « A l'époque classique et au Bas-Empire, continue le savant auteur, on rencontre des rapports de droit où le droit réel est combiné au droit de créance : ce sont l'hypothèque, l'emphytéose, la superficie. Il n'y a rien de pareil dans l'ancien droit. »

C'est qu'en effet la suite des prêteurs romains améliorant sans cesse les institutions juridiques avait ainsi opéré une véritable transformation dans la conception des sûretés réelles et dans la façon dont celles-ci se réalisaient. Cette transformation est facile à constater, quand on examine, en supprimant tout intermédiaire, le point de départ et le but atteint. Car nous sommes arrivés

(1) Loi 11, *Dig.*, liv. XX, t. 6 : « Lucius Titius, cum esset uxori suæ Gaïæ Seïæ debitor sub pignore, sine hypotheca prædiorum, eadem prædia cum uxore suâ. Septimæ communis filiæ nomine, Sempronio marito ejus futuro in dotem dedit; postea defuncto L. Titio, filia abstinuit hereditate paternâ. Quæro an mater ejus hypothecam persequi possit? Paulus respondit pignoris quidem obligationem prædiorum Gaïam Seïam, quo viro pro filia communi in dotem eadem danti consensit cum communis filiæ nomine darentur remisisse videri, obligationem autem personalem perseverasse... » — Voir également loi 11, § 6, *Dig.*, liv. XIII, t. 7.

(2) Ed. Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, p. 727.

maintenant au terme de l'évolution parcourue par la jurisprudence romaine. Nous n'entreprendrons pas l'étude de l'hypothèque; nous avons à retracer l'histoire de la formation des sûretés réelles; notre tâche est accomplie, puisque nous sommes arrivés à la garantie réelle, qu'on a pu perfectionner depuis les Romains, mais qu'on a toujours conservée parce qu'elle est, il nous semble, le *summum* qui a été atteint et qui ne peut plus être dépassé. Nous avons dû, au contraire, étudier spécialement la fiducia et le gage, afin de faire voir les imperfections de chacun de ces deux types de sûreté; car ce sont ces imperfections mêmes qui ont été la raison pour laquelle chacune de ces sûretés réelles a été suivie d'une autre garantie, créée précisément pour remédier aux inconvénients que l'expérience avait signalés dans celle qui la précédait.

Du reste, l'histoire de l'hypothèque ressemble fort à celle du gage; comme lui, conférant à l'origine un simple droit de rétention; elle fut accompagnée plus tard de la clause de vente, du *jus distrahendi* qui d'abord devait être formellement exprimé, puis qu'il fut permis de sous-entendre, et enfin qui devint de l'essence de l'hypothèque. C'est que, comme le remarque M. G. May (1), le gage et l'hypothèque ont exercé l'un sur l'autre une influence réciproque qui ne peut être niée. L'hypothèque a certainement commencé avant que tous les perfectionnements qui ont été réalisés pour le gage aient été accomplis; car il ne faut pas croire que ces trois types de sûretés réelles, dont nous avons retracé les principaux caractères, se soient succédé, dans l'his-

(1) G. May, *Éléments de droit romain*, p. 437.

toire du droit romain, avec la même rigueur que se suivent dans ce travail les chapitres qui y correspondent; il ne faut pas croire que l'une disparaissait brusquement au moment où l'autre apparaissait. Elles ont certainement coexisté les unes à côté des autres, dans un différent état de perfection; pour l'une le cycle qu'il lui était donné de parcourir était terminé, alors que pour l'autre il commençait à peine, et les progrès qui étaient accomplis chez l'une rejaillissaient en même temps sur l'autre.

Ceci doit être difficilement admis par ceux qui prétendent que l'hypothèque n'est pas une création des Romains, mais une création étrangère venue de Grèce. Pour notre part, nous repoussons cette opinion et nous admettons que l'hypothèque est née à Rome des institutions que nous avons vues et qui n'ont fait que se développer. Les juriconsultes romains n'ont emprunté à la législation grecque ni l'idée ni l'organisation de l'hypothèque; ils ont pris seulement le mot servant à désigner cette institution. Les Grecs avaient entouré l'hypothèque d'un système de publicité qui n'existe pas à Rome; en Grèce, la convention d'hypothèque était signée des noms des témoins; l'acte qui la constatait était déposé chez un banquier; quand l'hypothèque portait sur un immeuble, on plantait sur le fonds un poteau nommé *σπος* portant le nom du créancier et le montant de la dette pour laquelle l'hypothèque avait été constituée. On ne trouve aucune trace de tout cela à Rome; or, comment expliquer que les Romains aient emprunté aux Grecs l'hypothèque et aient laissé de côté ce système de publicité, dont les avantages, quelque imparfaits qu'ils fussent, devaient être manifestes?

L'organisation hypothécaire romaine ne vient donc pas du droit grec ; l'idée même de l'hypothèque n'en vient pas non plus. La notion de la garantie réelle est très ancienne à Rome, nous l'avons vu, mais les Romains ne sont venus que très tard à la forme définitive qui est l'hypothèque. Si l'idée de l'hypothèque avait été empruntée au droit grec, cette institution aurait fait son apparition tout d'un coup, complètement formée ; l'histoire nous aurait conservé le nom du jurisconsulte qui aurait été assez versé dans le droit grec pour doter Rome du droit réel d'hypothèque, car la surprise sans doute eût été grande.

Pourquoi ne pas admettre plutôt, conformément à l'histoire, que ce sont les citoyens romains eux-mêmes ignorants du droit étranger qui ont pris l'initiative et ont créé l'hypothèque en demandant au prêteur l'appui de sa protection. Le prêteur leur a accordé ce secours, mais peu à peu, au fur et à mesure que le besoin s'en faisait sentir : 1° l'interdit Salvien ; 2° l'action servienne ; 3° l'action Quasi-Servienne ; tout cela ne s'est pas fait en un jour, mais petit à petit ; l'hypothèque a été la conséquence naturelle des institutions juridiques de Rome.

On dit : le mot *hypothèque* est un mot grec ; c'est vrai, mais c'est là le plus insignifiant de tous les arguments ; les jurisconsultes romains ont emprunté aux Grecs un mot simple, significatif, mais pour une institution qui leur était propre. Ce mot était plus significatif que le mot *rei obligatio*.

Faut-il admettre que la connaissance des coutumes grecques a contribué au développement de l'institution prétorienne d'hypothèque ? Nous ne le croyons pas non

plus. A quel moment cette influence aurait-elle pu se faire sentir à Rome ? Ce n'est que pendant la période d'enfancement des différentes formules qu'on a vues. Or, quand le préteur est arrivé à la formule de l'action Quasi-Servienne ou hypothécaire, les jurisconsultes se trouvaient en face d'une formule très simple, très étroite, celle de l'action Servienne ; il s'agissait alors, par une extension de cette formule, de la plier à l'infinie variété des circonstances. Pour cela, le bon sens pratique des jurisconsultes romains n'avait pas besoin du génie grec.

COMMENTAIRE

De la loi du 24 juillet 1889

SUR LA PROTECTION

DES ENFANTS MALTRAITÉS OU MORALEMENT

ABANDONNÉS

INTRODUCTION

L'étude chronologique des lois d'un pays et la recherche du but que chacune d'elles s'est proposé suivant les époques figurent sans contredit parmi les moyens les plus propres à renseigner celui qui veut se rendre compte de la vie morale de ce pays. La promulgation à telle date d'une loi ayant pour but de prévenir certains abus, de réprimer certains écarts, n'est-elle pas, en effet, la preuve la plus formelle de ce fait que tels crimes ou tels délits qui étaient autrefois peu répandus dans une nation, s'y sont tellement implantés qu'ils ont nécessité la promulgation d'une loi destinée à combattre leur marche progressive?

Sans doute on a pu dire non sans raison, au sujet de

la loi du 24 juillet 1889 sur la protection de l'enfance, que « le trait caractéristique de l'état des esprits à la fin du XIX^e siècle est le souci du sort des faibles et des opprimés, la volonté généreuse, d'ailleurs, de travailler à leur émancipation, de les mettre en état de défendre leurs intérêts matériels ou moraux contre leurs oppresseurs (1). »

Mais il ne faut chercher uniquement dans cette idée générale le motif de la promulgation de la loi dont nous nous occupons ici. Le nombre des crimes ou délits contre l'enfance a suivi, il faut bien le reconnaître, dans le cours de ce siècle, une marche ascendante. Aussi le législateur pressé par l'opinion publique s'est-il vu dans la nécessité d'agir et de poser des principes nouveaux destinés à combler les lacunes de nos codes. Nous disons « combler les lacunes » ; c'est qu'en effet l'autorité judiciaire était, jusqu'en 1889, singulièrement désarmée devant le père de famille. Ce dernier, investi d'une autorité quasi-souveraine, avait été placé en quelque sorte, par le législateur de 1804, sur un piédestal tellement élevé qu'il semblait impossible d'aller l'y frapper. Le Code Civil, en effet, énumère bien tous les droits qui sont conférés au père de famille, mais il ne contient pas un seul texte permettant de toucher à l'autorité qui lui est dévolue. La théorie de la puissance paternelle forme ainsi un ensemble puissant, une organisation forte, qui est l'expression, la synthèse des principes de notre législation sur la matière, en même temps qu'elle est un monument législatif imposant, laissant bien apercevoir l'esprit de la loi.

(1) H. Taudière, *Les droits du père de famille sur la personne de ses enfants et ses tendances actuelles*.

Semblables à ce peuple de l'antiquité qui n'avait pas porté de peine contre le parricide, parce qu'il estimait qu'un semblable forfait ne pourrait jamais se commettre, les rédacteurs du code avaient pensé, eux aussi, qu'il ne se trouverait pas de parents assez indignes pour abuser de leur force ou de leur situation vis-à-vis de leurs enfants. Malheureusement, s'ils eurent cette illusion, les faits vinrent bientôt démontrer combien elle était peu fondée.

La décadence des mœurs et la perversion croissante de notre époque suscitérent bientôt dans cet ordre d'idées, comme dans les autres, de nombreux désordres. Or, un seul texte de loi permettait de protéger l'enfant en touchant à la puissance paternelle. C'était l'art. 335 du Code Pénal, aliéna 2, qui, prévoyant le cas d'attentat aux mœurs ou de corruption, sous forme d'excitation, par leurs parents, d'enfants mineurs à la débauche, permettait de « priver le père et la mère des droits et avantages à eux accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le Code Civil, liv. I, t. 9. » Mais, remarquons-le, ce n'était pas là vraiment la déchéance de la puissance paternelle, ou tout au moins ce n'était qu'une déchéance partielle, car, d'une part, elle ne s'appliquait qu'à certains attributs de la puissance paternelle, et, d'autre part, elle n'en privait pas le père ou la mère coupable vis-à-vis de tous ses enfants, mais seulement au regard de l'enfant victime du délit.

Plus tard, une loi du 7 décembre 1874, relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes, permit également de prononcer la déchéance de la puissance paternelle contre les père et mère, qui ont livré leurs enfants âgés de moins de seize ans aux in-

dividus exerçant « les professions d'acrobate, saltimbanque, charlatan; etc. » (art. 1^{er} de la loi). Mais cette disposition législative ne pouvait être d'un grand secours; elle prévoyait, en effet, des cas isolés; elle avait une sphère d'action limitativement déterminée et ne pouvait être étendue en aucune façon, puisqu'elle était loi pénale.

En face de cette insuffisance de notre législation, l'opinion publique s'émut; les Chambres se mirent à l'œuvre, et, après de longs travaux préparatoires dans le détail desquelles nous ne pouvons entrer, votèrent la loi du 24 juillet 1889 qui constitue, pour ainsi dire, un code de la protection de l'enfance. Cette loi, en effet, introduit dans notre système législatif un principe absolument nouveau, la déchéance totale et complète de la puissance paternelle formant, en quelque sorte, la règle générale qui doit être appliquée chaque fois qu'il s'agit de parents ayant méconnu, d'une façon très grave, leurs devoirs envers leurs enfants. A ce titre seul, elle mériterait une étude, mais la loi de 1889 doit encore attirer l'attention parce qu'elle s'est occupée, comme le porte sa rubrique, non seulement des enfants maltraités, des enfants matériellement délaissés, mais encore de ceux qui sont moralement abandonnés; le législateur de 1889 essaye de sauver ces enfants qui ne reçoivent pas de leurs parents, la direction morale dont ils ont besoin, et qui, pour cette raison, constituent, dans le pays, un véritable danger social.

C'est dire que cette loi donnerait lieu à de grands développements et qu'elle comporterait un long travail; nous n'avons pas la prétention d'y suffire ni de l'entreprendre. Nous voulons seulement nous bien pénétrer, en étudiant ses articles, des dispositions de cette loi

destinée à rendre de si grands services ; aussi nous suivrons simplement le législateur dans son œuvre en adoptant les divisions qu'il a lui-même tracées.

La loi du 24 juillet 1889 comprend deux parties bien distinctes : celle qui s'occupe de la nouvelle pénalité introduite dans notre législation et de tout ce qui concerne cette matière pénale ; puis celle qui traite du dessaisissement judiciaire et de la protection des enfants en général. La première partie, qui est le titre I^{er} de la loi, se subdivise en trois chapitres traitant successivement : De la déchéance de la puissance paternelle ; — De l'organisation de la tutelle en cas de déchéance ; — De la restitution de la puissance paternelle. Enfin, le titre II, sans être scindé en deux chapitres, comporte une division toute naturelle et qu'indique la rubrique : De la protection des enfants placés avec l'intervention des parents ; — De la protection des enfants placés sans l'intervention de ceux-ci.

C'est l'ordre que nous suivrons dans cette étude.

TITRE I

CHAPITRE PREMIER

De la déchéance de la puissance paternelle

M. Courcelle-Seneuil, dans le remarquable rapport qu'il a présenté au Conseil d'État au sujet de la loi du 24 juillet 1889, dit que, « si la paternité est un fait de nature, la puissance paternelle est, comme le mariage d'où elle naît, une création de la loi civile; » et il en conclut que la loi a bien le droit d'enlever aux parents indignes les pouvoirs qu'elle leur a conférés. Tout en admettant la même solution que M. Courcelle-Seneuil sur le droit d'intervention du législateur en cette matière, nous ne saurions adopter l'idée qui lui sert de point de départ; et, si nous avons relevé ces paroles, c'est que, n'ayant pas l'intention d'étudier la loi de 1889 au point de vue du droit naturel puisque nous ne voulons en faire qu'un simple commentaire, il nous a paru bon cependant de dire un mot du fondement de la puissance paternelle, au début de ce chapitre qui traite de sa déchéance.

Si M. Courcelle-Seneuil veut désigner par ces mots « la puissance paternelle » l'ensemble des droits qui sont reconnus au père de famille par le Code Civil, nous ne faisons aucune difficulté pour reconnaître que la puis-

sance paternelle est bien alors une création de la loi civile, en ce sens que c'est la loi qui a créé, dans nos codes, une théorie connue sous le nom de « théorie de la puissance paternelle », et comprenant telles ou telles dispositions; encore ne faudrait-il pas, peut-être, prendre le mot *créer* dans le sens rigoureux qu'il comporte.

Mais les mots « la puissance paternelle », employés sans aucun correctif et dans le sens large où paraît l'avoir plutôt pris M. Courcelle-Seneuil, ont, il nous semble, une portée beaucoup plus étendue et beaucoup plus élevée. La puissance paternelle ne désigne pas seulement les droits de garde, de correction, d'administration, etc., que reconnaît le Code Civil. C'est là un sens restreint que peuvent lui donner les légistes; mais il nous paraît que ces mots pris en général désignent plutôt l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement des devoirs qui découlent de la paternité. Or, ces devoirs, comme les droits qui en sont le corollaire, s'étendent à bien des matières que ne peut atteindre la loi civile.

Comme le mariage du reste, la puissance paternelle relève, avant tout, du droit naturel; avant d'être écrite dans nos codes, elle faisait partie de cette loi dont Cicéron disait : *non scripta, sed nata lex*; et c'est bien la même pensée que Mgr Dupanloup voulait exprimer quand il disait : « Le père est roi par droit, par un droit primitif, par un droit supérieur et divin (1). »

Mais, si ce roi abuse d'une façon grave de son autorité ou de sa puissance, s'il méconnaît les devoirs qui lui

(1) Mgr Dupanloup, *Éducation*, t. 2, p. 139.

sont tracés par sa conscience ou par la loi humaine, il est juste que cette loi lui retire tout ou partie des droits qu'elle avait jugé utile de sanctionner. Mais elle le fera non pas parce qu'elle a créé ces droits dont elle retire l'exercice à des parents indignes ; elle le fera et elle doit le faire parce que, ayant le droit de faire respecter la loi naturelle, elle a spécialement pour mission d'assurer le développement de la vie morale et physique des individus qui lui doivent obéissance, parce qu'elle a pour rôle de protéger les faibles et les opprimés ; et c'est ainsi que nous sommes d'accord avec M. Courcelle-Seneuil pour admettre que le législateur avait le droit de prononcer la déchéance de la puissance paternelle. Comme lui également, comme M. Brueyre (1), nous dirons qu'il importe toutefois de n'intervenir en cette matière qu'avec la plus grande circonspection et la plus extrême prudence. Le législateur, en effet, n'a le droit de le faire, et (c'est là le corollaire de ce que nous avons dit) que, lorsque la vie physique ou la vie morale des enfants court un véritable danger, du fait des personnes mêmes qui ont pour devoir de développer l'une et l'autre.

C'est, du reste, ce que semblent bien avoir compris les rédacteurs de la loi du 24 juillet 1889, ainsi que nous le verrons dans notre première section ; nous diviserons, en effet, le premier chapitre en trois sections traitant successivement : *A.* Des cas de déchéance ; — *B.* De la procédure à suivre pour le faire prononcer ; — *C.* Des effets et de l'étendue de la déchéance prononcée.

(1) Rapport de M. Brueyre au Conseil supérieur de l'Assistance publique.

SECTION I

DES CAS DE DÉCHÉANCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Les faits qui sont susceptibles d'entraîner la déchéance de la puissance paternelle sont divisés en deux catégories. Les premiers, à cause de leur gravité, ont pour effet, de rendre obligatoire la prononciation de cette peine; les autres, au contraire, n'ont pas paru suffisants au législateur pour entraîner, par eux-mêmes, et de plein droit cette sanction; ce sont les tribunaux qui, en présence des faits de la deuxième catégorie, sont chargés d'apprécier si cette peine doit être prononcée. Autrement dit, pour les premières, la déchéance est obligatoire; pour les seconds, elle est facultative.

§ 1. — DÉCHÉANCE OBLIGATOIRE

L'art. 1^{er} de la loi de 1889 énumère les faits rentrant dans la première catégorie, et distingue quatre cas qui sont les suivants :

A. — Condamnation par application de l'art. 334 du Code Pénal (alinéa 2);

B. — Crime commis par un ascendant sur ou avec un de ses enfants ou descendants;

C. — Délit commis avec récidive sur la personne d'un de ses enfants;

D. — Condamnation pour excitation de mineurs à la débauche en cas de récidive, si le coupable n'avait aucune autorité sur la victime.

A. — L'art. 335 du Code Pénal prononçait déjà, nous

l'avons vu plus haut, la déchéance de la puissance paternelle contre les parents condamnés en vertu de l'art. 334 (alinéa 2, du Code Pénal). Mais la loi du 24 juillet 1889 ne se borne pas à reproduire cet article et ne fait pas double emploi avec lui. Tout d'abord, en effet, il s'agit ici, non plus d'une déchéance restreinte qui ne frapperait l'ascendant coupable qu'à l'égard seulement de l'enfant victime de ses agissements. La portée de la loi de 1889 est bien plus considérable ; la déchéance est totale, elle est complète ; l'ascendant est déchu de tous ses droits à l'égard de tous ses enfants et descendants ; il ne lui reste plus aucun des attributs de la puissance paternelle. Cette nouvelle sanction va plus loin encore ; non seulement le père n'est plus rien dans la famille, au point de vue de la loi ; mais encore il n'a même plus l'aptitude nécessaire pour être investi de ces droits, s'il devient père à nouveau ; il est déchu à l'égard de ses enfants nés et de ses enfants à naître. Ce sont là les caractères propres de la pénalité introduite par la loi de 1889, et ils s'appliquent non pas seulement au cas ou à l'article que nous examinons en ce moment, ils s'appliquent chaque fois que la déchéance est prononcée. C'est que la loi de 1889 ne veut pas seulement introduire une nouvelle peine dans nos lois, elle veut aussi protéger l'enfance, et le législateur a estimé que le fait, de la part d'un père ou d'une mère, d'avoir, par leur conduite envers un de leurs enfants, encouru la peine de la déchéance de la puissance paternelle constituait un motif suffisant de craindre que la santé ou la moralité de tous les autres ne fût en péril sous leur garde.

Mais l'art. 1^{er}, dans le cas que nous étudions en ce moment, a encore, à un autre point de vue, une portée

plus large que l'art. 335 du Code Pénal. Cette disposition ne prononçait la déchéance de la puissance paternelle que contre les parents qui avaient corrompu leurs propres enfants. La loi de 1889 va plus loin, et prononce cette peine contre toutes les personnes qui ont autorité sur un enfant (tuteur, patron, gardien, instituteur, etc.) et abusent de cette autorité pour le corrompre ou l'exciter à la débauche. L'article 1^{er} vise, en effet, toutes les personnes qui sont énumérées dans l'art. 334 du Code Pénal et ne fait aucune distinction entre elles.

B. — Crime commis par un ascendant sur ou avec un de ses enfants ou descendants.

Tout individu condamné, soit comme auteur, coauteur ou complice d'un crime commis sur la personne d'un ou plusieurs de ses enfants, soit comme coauteur ou complice d'un crime commis par un ou plusieurs de ses enfants doit être déchu de la puissance paternelle. Cette disposition de la loi n'a pas été adoptée sans certaines difficultés. Le projet primitif exigeait, dans ce cas, deux condamnations pour que la déchéance fût obligatoire; c'est sur l'avis du Conseil d'État, qui fit remarquer la gravité des faits reprochés aux parents, que le projet fut modifié. Lorsque cet article vint en discussion devant la Chambre, M. Boreau-Lajanadie émit, au contraire, l'opinion que la loi était bien sévère, et déposa un amendement tendant à ne faire prononcer la déchéance de la puissance paternelle que lorsque les ascendants seraient condamnés à une peine afflictive ou infamante ou, tout au moins, à plus d'un an d'emprisonnement. Cet amendement fut rejeté, et nous devons en conclure que, d'après l'intention du législateur, les tribunaux ne doivent pas considérer la gravité plus ou moins grande de la peine

prononcée; qu'il y ait ou non des circonstances atténuantes, peu importe également. C'est, comme le dit M. Leloir (1), au caractère de l'incrimination qu'il faut s'attacher pour savoir si la déchéance est obligatoire. Toutefois, comme le fait remarquer le savant auteur, il faut qu'il y ait crime, et, si le jury écartait une ou plusieurs des circonstances aggravantes de telle sorte qu'il n'y ait plus qu'un délit, l'art. 1^{er} ne trouverait plus son application.

Ce paragraphe ne prévoit pas seulement le crime commis *sur* la personne d'un des enfants; il prévoit encore le cas où l'un des ascendants est condamné comme coauteur ou complice d'un crime commis *par* un des enfants. Ce qui est nécessaire ici, c'est que l'arrêt de condamnation frappe à la fois l'ascendant et l'enfant pour le même crime. Que ce soit l'enfant qui ait le rôle principal, que l'ascendant n'ait joué qu'un rôle effacé, il importe peu. La loi, en effet, estime avec raison que ce dernier doit être frappé de la déchéance pour avoir aidé son enfant à perpétrer un crime, alors que son rôle est de lui inspirer, au contraire, le respect de la morale et de la propriété. C'est ce qui ressort du rejet d'un amendement présenté en sens opposé par M. Boreau-Lajanadie. L'honorable député défendait sa motion en citant le cas des parents recélant des objets volés par leur enfant, non pour profiter du crime, mais pour sauver le coupable, et qui cependant tombent pour ce fait sous l'application de la loi. L'exemple était certainement saisissant, mais la Chambre a jugé que le maintien de la première rédaction était

(1) Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 1, p. 305.

nécessaire pour sauvegarder les enfants à qui des parents indignes faciliteraient la voie du crime.

C. — La déchéance doit encore être prononcée contre tout individu condamné deux fois comme auteur, co-auteur ou complice d'un délit commis sur la personne d'un ou plusieurs de ses enfants.

Ce paragraphe se rattache à la première hypothèse prévue par la loi (4). Nous avons vu que la déchéance était obligatoire en cas de crime commis par un ascendant sur la personne d'un enfant. Cette fois, c'est le cas de délit commis dans les mêmes conditions que le législateur a voulu punir; et c'est parce qu'il ne s'agit plus que d'un délit que la loi exige deux condamnations. Là encore, il ne faut pas s'attacher à la gravité de la peine prononcée, mais bien au caractère délictueux de l'acte poursuivi; il faut qu'on se trouve en face d'un délit; on ne pourrait donc (en vertu, du moins, de ce paragraphe) prononcer la déchéance pour un fait qu'aurait puni le tribunal correctionnel, mais qu'il aurait seulement considéré comme une contravention.

La loi nous parle d'individus qui sont condamnés deux fois pour un délit commis, etc., mais elle ne nous donne à ce sujet aucune explication, et on est en droit de se demander s'il s'agit du même délit répété deux fois, ou si deux délits quelconques, pourvu qu'ils soient commis sur la personne de l'enfant, suffisent pour entraîner la peine dont ils s'agit. M. Leloir (4) estime que le second délit doit avoir, par rapport au premier, les caractères d'une sorte de récidive. M. Charmont émet la même idée : « Comme il s'agit ici, dit-il, non plus d'un crime, mais

(4) Leloir, *op. cit.*, t. 1, p. 309.

d'un délit, la déchéance n'est encourue de plein droit qu'en cas de récidive (1). » Toutefois, cette expression a besoin d'explications. M. Leloir veut dire par là, explique-t-il, qu'il s'agit d'un second délit commis alors qu'on a déjà encouru une première condamnation et que toutes les voies de recours sont épuisées; il faut, mais il suffit que le premier jugement ait acquis force de chose jugée; autrement dit, un second délit, commis depuis l'exécution du premier, mais avant le prononcé de la condamnation, ne saurait donner lieu à la déchéance. Mais il faut se bien garder de donner ici au mot *récidive* le sens qu'on doit lui donner généralement en matière pénale. Il ne s'agit ici nullement du délai de cinq années dont parle l'art. 58 du Code Pénal. Un délit commis par un père de famille sur la personne d'un de ses enfants, alors qu'il y a six ans il en avait déjà commis un sur un autre de ceux-ci, doit entraîner la déchéance de la puissance paternelle. Nous disons *sur un autre de ses enfants*, car il ne faut pas croire non plus que le délit doit être identique quant à la personne qui en est victime, pas plus qu'il n'a besoin d'être identique dans sa nature.

Mais, puisqu'il est question ici de délits, nous devons examiner le cas où l'exécution de la peine aurait été suspendue la première fois par application du bénéfice de la loi du 26 mars 1891.

L'art. 2, § 2, de cette loi dispose que le bénéfice de la suspension ne s'applique pas aux « peines accessoires » et aux « incapacités résultant de la condamnation. » Or, la peine de la déchéance de la puissance pater-

(1) Charmont, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 20, p. 506.

nelle est certainement une peine accessoire ; elle avait ce caractère sous l'empire du Code Pénal et des lois postérieures qui l'ont établie ; la loi du 24 juillet 1889 n'a rien modifié à cet égard. La solution ne fait donc aucune difficulté ; la déchéance de la puissance paternelle devra produire tous ses effets indépendamment de l'application du bénéfice de la loi de sursis (1). Si, dans le délai de cinq ans fixé par la loi du 26 mars 1891, aucun délit n'est commis, la première condamnation doit être réputée non-avenue, et les peines accessoires ainsi que les incapacités « cesseront d'avoir effet » ; dans ce cas, l'ascendant déchu de la puissance paternelle sera-t-il de nouveau investi de ses droits ? C'est un cas de restitution de la puissance paternelle dont ne parle pas la loi de 1889. Afin de bien connaître les principes qui doivent nous guider pour répondre à cette question, nous renvoyons la solution de cette difficulté au moment où nous traiterons de la restitution de la puissance paternelle.

D. — Le quatrième et dernier cas prévu par l'art. 1^{er} de la loi du 24 juillet 1889 est celui d'un ascendant condamné deux fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche.

Nous savons que les peines encourues pour ce fait varient suivant que les personnes qui sont poursuivies avaient ou non autorité sur la personne de l'enfant. Le Code Pénal avait déjà posé ce principe, et la loi de 1889 l'a suivi en stipulant qu'un seul acte de cette nature, commis par une personne dépositaire de l'autorité sur

(1) Sic, Leloir, *op. cit.*, t. 1, p. 304 ; — Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle et protection des enfants recueillis avec ou sans l'intervention des parents*, p. 322, n° 2.

l'enfant qui est sa victime, suffit pour entraîner la déchéance de la puissance paternelle. Au contraire, lorsqu'il s'agit de personnes n'ayant aucune autorité sur le mineur, la loi ne prononce la déchéance qu'après la seconde condamnation. Dans les projets antérieurs à celui de la loi de 1889, l'hypothèse qui est ainsi visée par le dernier paragraphe de l'art. 1^{er} ne donnait pas lieu de plein droit à la déchéance; c'était un cas de déchéance facultative. Mais le législateur de 1889 a estimé que ces faits ainsi répétés étaient l'indice d'un manque de sens moral qui devait suffire pour faire prononcer d'une façon obligatoire la déchéance de la puissance paternelle.

Tels sont les quatre cas dans lesquels l'art. 1^{er} déclare que la déchéance de la puissance paternelle a lieu « de plein droit ». Mais quel est le sens exact qu'il faut donner à cette expression? Certains auteurs admettent que la déchéance, bien qu'elle ait lieu de plein droit, n'est pas encourue, si elle n'a pas été prononcée, même d'office, par le tribunal ou par la cour d'assises. M. Charmont (1), qui soutient cette opinion, appuie son raisonnement sur l'art. 9. M. Bourcart (2), pour défendre la même théorie, se base sur l'art. 3. L'art. 9 est ainsi conçu: « Dans le cas de déchéance de plein droit encourue par le père, le Ministère public ou les parents désignés à l'art. 3 saisissent sans délai la juridiction compétente... » L'art. 3 stipule que « l'action en dé-

(1) Charmont, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, p. 511, n° 2.

(2) M. Bourcart, dans son rapport au Congrès international d'Anvers.

chéance est intentée... » Comme on le voit, ces arguments sont tirés des termes même des articles précités. A première vue, ils paraissent assez probants, mais leur force semble singulièrement atténuée quand on remarque qu'ils sont tirés des dispositions de la loi réglant la procédure à suivre. Les articles invoqués n'ont pas une portée générale; ils ne disent pas qu'il faut toujours intenter l'action en déchéance; ils règlent seulement la façon dont doit être menée la procédure, sans préjuger dans quels cas elle est nécessaire.

Sans aller chercher des arguments dans les articles s'occupant de la procédure à suivre, nous trouvons d'ailleurs l'intention du législateur clairement manifestée dans l'art. 1^{er} lui-même : « Les père et mère et ascendants, dit-il, sont déchus de plein droit. » Cette expression, prise dans le sens le plus naturel et avec la portée qu'on lui donne généralement, signifie que la déchéance n'a pas besoin d'être prononcée, qu'elle résulte de la condamnation principale; et l'examen des travaux préparatoires vient pleinement corroborer cette manière de voir (1).

§ 2. — DÉCHÉANCE FACULTATIVE

A côté de ces cas où la déchéance a lieu de plein droit,

(1) Sic, Leloir, *Code de la puissance paternelle*, p. 302; — Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle et protection des enfants recueillis avec ou sans l'intervention des parents*, n° 56; — Didier, *Étude sur la loi de 1889*, p. 64.

il en est d'autres, avons-nous dit, où les tribunaux ont un plein pouvoir d'appréciation ; la loi les autorise à prononcer la déchéance de la puissance paternelle, mais ils n'y sont pas contraints. C'est la déchéance facultative organisée par l'art. 2 ; les hypothèses prévues par cet article sont au nombre de six ; les quatre premières supposent une condamnation antérieure, ce sont les suivantes :

A. — Condamnation pour crimes non politiques aux travaux forcés ou à la réclusion ;

B. — Double condamnation prononcée pour vagabondage, séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfants ;

C. — Double condamnation pour ivresse (art. 2, loi du 23 janvier 1873) ou condamnation par application de la loi du 7 décembre 1874 ;

D. — Première condamnation pour excitation de mineurs à la débauche.

A. — Condamnation aux travaux forcés ou à la réclusion.
— Nous remarquerons à ce sujet que, contrairement à ce que nous avons vu sous l'art. 1^{er}, il faut s'attacher ici, non pas à l'incrimination du fait, mais à la peine prononcée. A l'exception des crimes politiques qui n'entraînent pas la déchéance de la puissance paternelle, tous les faits qualifiés crimes, quels qu'ils soient, du moment qu'ils emportent la peine des travaux forcés ou de la réclusion, sont, après le prononcé de cette peine, un motif suffisant pour permettre de prononcer la déchéance. M. Brueyre observe à ce sujet dans son rapport que c'est là une cause de déchéance, non pas à cause de l'indignité des parents, mais parce qu'il est possible que, en fait, les enfants tombent dans un état d'abandon par suite de la con-

damnation d'un de leurs ascendants; c'est là le danger auquel on a voulu porter remède.

En examinant ce paragraphe de l'art. 2, M. Leloir se pose la question suivante : Qu'arrivera-t-il si une cour d'assises prononce la peine de mort et que cette peine soit commuée en celle des travaux forcés? L'article, dit-il, ne parle pas des condamnés à mort; or, nous sommes en matière pénale, nous ne pouvons étendre la loi; nous pensons donc que la peine de mort ne peut pas entraîner la déchéance. Il reste un moyen, continue-t-il, pour arriver à la prononciation de cette peine; on intentera une action devant le tribunal civil, et celui-ci pourra alors prononcer la déchéance en se basant sur le § 6, art. 2 (Inconduite notoire et scandaleuse de l'ascendant condamné).

Tout en respectant le principe d'interprétation restrictive qui est la règle en matière pénale, nous pensons cependant que c'est en exagérer la portée que de le faire intervenir ici. La loi n'a pas énuméré la peine de mort parmi les condamnations pouvant donner lieu à la déchéance facultative, parce que, en général, il n'y a pas besoin de prononcer cette peine contre un condamné à mort; c'est là le seul motif de son silence. On ne voit pas en effet, en partant du principe qu'a indiqué M. Brueyre et que nous avons relaté ci-dessus (abandon des enfants résultant de la condamnation), pour quelle raison on prononcerait la peine de la déchéance contre quelqu'un qui doit être exécuté. Si les enfants sont dans un état d'abandon par la suite, c'est que la dernière personne qui s'en occupait était celle qui, après avoir été condamnée à mort, a expié son crime sur l'échafaud. Mais alors cet ascendant étant mort, personne n'exerçant plus la puissance paternelle sur le ou les mineurs, il sera toujours possible

à l'État de les recueillir. Au contraire, un père de famille, étant condamné aux travaux forcés ou à la réclusion, reste toujours investi de la puissance paternelle si la cour ne prononce pas contre lui la déchéance, et l'État n'aura pas la même liberté pour recueillir les enfants abandonnés. Si la peine de mort est commuée, la situation sera la même; il faut donc trouver un moyen pour y remédier. M. Leloir enseigne qu'il sera loisible au tribunal civil de prononcer la déchéance, en se basant sur l'inconduite notoire et scandaleuse du condamné. Cette solution sera possible lorsque l'ascendant aura effectivement tenu une conduite notoirement scandaleuse. Mais nous n'admettons pas, comme l'enseigne M. Leloir, que le fait d'être condamné fasse nécessairement rentrer quelqu'un dans la catégorie des individus se livrant à une inconduite notoire et scandaleuse. Ces expressions de la loi veulent désigner les personnes menant une vie déréglée, les parents de mœurs dépravées, ceux, en un mot, vivant dans un état permanent et habituel d'indignité morale. Mais le principe d'interprétation restrictive, qu'invoquait tout à l'heure l'auteur que nous combattons, nous paraît interdire de considérer, comme tel, un individu qui peut avoir toujours mené une vie régulière et rangée jusqu'au moment où, entraîné par la passion, il a commis un crime. La jurisprudence s'est toujours montrée très sévère pour l'interprétation qui doit être donnée à ces mots : « inconduite notoire et scandaleuse » ; et ceci ne fait que corroborer notre manière de voir. Nous croyons donc plus conforme à l'esprit de la loi, et en même temps moins contraire au texte, de dire que le tribunal civil pourra, après la commutation, se baser sur la condamnation encourue pour prononcer la déchéance.

M. Nillus⁽¹⁾ estime également que la condamnation à mort est une cause facultative de déchéance.

B. — Double condamnation prononcée pour séquestration, suppression ou abandon d'enfants ou pour vagabondage.

Parmi les délits visés en ce paragraphe, il en est qui dégénèrent en crimes quand ils sont accompagnés de certaines circonstances aggravantes; la séquestration, si elle a duré plus de dix jours (art. 341, Code Pénal); l'exposition, quand elle a causé la mutilation ou la mort de la victime (art. 351, Code Pénal); la suppression d'enfant, quand il est prouvé que l'enfant a vécu. De là se pose la question suivante : La déchéance est-elle encore facultative quand ces faits sont punis comme crimes? On l'a soutenu, et c'est la théorie qu'avait appliquée la Cour d'assises de la Drôme dans un arrêt qui porte la date du 26 octobre 1889. Il s'agissait d'une femme qui fut déclarée coupable d'avoir supprimé un enfant vivant dont elle était accouchée, et qui fut à raison de ce fait condamnée à cinq ans de réclusion. La Cour d'assises, considérant cette condamnation comme une cause *facultative* de déchéance, déclara qu'il n'y avait pas lieu de prononcer la peine de la déchéance. Cet arrêt fut cassé dans l'intérêt de la loi le 8 mars 1890. La Cour suprême décida que, en cas de peine criminelle, la déchéance devient obligatoire. L'art 1^{er} déclare, en effet, expressément que les parents sont déchus de plein droit, toutes les fois qu'ils auront été condamnés pour *crime* commis sur la personne de leurs enfants. Donc, dans les cas énumérés par l'art. 2

(1) Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle et protection de enfants recueillis avec ou sans l'intervention des parents*, p. 342, n° 1.

(alinéa 2), la déchéance ne sera facultative qu'autant qu'il s'agira d'un simple délit. Le rapporteur de la loi, M. Gerville-Réache, dans son rapport du 13 juillet 1888, prend également pour base de la distinction entre la déchéance facultative et la déchéance obligatoire le caractère de délit ou de crime, attribué au fait commis par un père ou une mère sur la personne de leurs enfants.

La décision de la Cour de cassation nous semble encore devoir être approuvée pour une autre raison qui est bien plus convaincante, et que nous regrettons de pas voir exprimée dans l'arrêt de la Cour suprême. C'est qu'il s'agissait, dans l'espèce, d'un crime commis par une mère sur la personne même de son enfant, c'est-à-dire d'une hypothèse étrangère à l'art. 2. L'alinéa 2 (art. 2) de la loi du 24 juillet 1889 n'a pas pour but, en effet, de prévoir des délits dont la répétition est une cause facultative de déchéance, quand ils sont commis par les ascendants sur la personne des enfants. Cette hypothèse est prévue par le § 3 de l'art. 13 ainsi conçu : « S'ils sont condamnés deux fois comme auteurs, coauteurs ou complices d'un délit commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants. » C'est là une cause de déchéance obligatoire; on comprendrait donc difficilement que le législateur la considérât dans l'art. 2 comme une cause facultative. Nous devons en conclure que l'art. 2 (alinéa 2) de la loi de 1889 s'occupe de délits commis sur la personne d'enfants autres que ceux du condamné (1).

Il faut bien comprendre l'économie des deux premiers

(1) *Sic*, de Loynes, note au bas de l'arrêt précité.

articles que nous examinons. L'art. 1^{er} prévoit tous les faits commis par les parents sur la personne de leurs enfants. Le § 2 s'occupe des crimes, le § 3 s'occupe des délits; dans le premier cas, un seul fait suffit; dans le second, il en faut deux; mais dans l'un comme dans l'autre, la déchéance est obligatoire. L'art. 2 s'occupe, en général, de cas moins graves que ceux qui sont visés par l'art. 1^{er}; et c'est pour cette raison que la déchéance est simplement facultative; on ne comprendrait pas que ce soit cet article qui s'occupât de délits commis deux fois par des parents sur les enfants, de délits aussi graves que ceux de séquestration, etc.; et que ce ne soit là qu'une cause de déchéance facultative.

L'idée de la loi se comprend, au contraire, fort bien, lorsqu'il s'agit de délits commis sur des enfants étrangers; ces faits prouvent que les personnes qui s'en sont rendues coupables n'éprouvent pour l'enfance en général aucun des sentiments de pitié qui auraient dû les arrêter, mais il est possible qu'aucun reproche ne puisse leur être adressé sur la façon dont ils se conduisent à l'égard de leurs propres enfants; c'est pourquoi il est nécessaire que les tribunaux aient le pouvoir d'apprécier, et c'est pour cette raison que la déchéance est facultative. Tel nous semble être le véritable sens qui doit être donné à cet article (1).

Il nous reste, au sujet de ce paragraphe, encore une question à résoudre. Nous retrouvons, en effet, ici une

(1) *Sic*, Leloir, *Code de la puissance paternelle*, p. 318; -- Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle et protection des enfants recueillis avec ou sans l'intervention des parents*, n° 71 et suivants; — De Loynes, Dalloz, 90. 1. 233. — *Contra*, Charmont, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, p. 507.

disposition semblable à celle que nous avons déjà rencontrée à propos du second cas de l'art. 1^{er}. Il s'agit d'individus condamnés deux fois; les mêmes questions se posent donc. S'agit-il de la récidive, telle qu'elle est organisée en général dans notre système de législation? Faut-il que les deux condamnations aient été encourues pour le même délit?

Nous pensons que, au moins pour les quatre premiers délits, il n'est pas nécessaire que la même infraction ait été répétée; deux condamnations encourues pour l'un quelconque des quatre premiers faits énumérés dans cet article suffiront pour entraîner, si le tribunal le juge à propos, la peine de la déchéance. C'est bien là, du reste, l'intention des rédacteurs de la loi; la commission de la Chambre en 1884 avait, en effet, ajouté au paragraphe que nous examinons ce membre de phrase : « quelle que soit la combinaison des condamnations. » Le texte définitif a supprimé ces mots, mais il ne faut pas induire de leur suppression que l'intention du législateur ait été modifiée. La commission de 1884, en effet, avait écarté le vagabondage de la liste des délits énumérés dans cet alinéa. Le texte définitif le mentionne cependant, mais il faut remarquer la construction de la phrase : « la déchéance sera encourue par les ascendants condamnés deux fois pour l'un des faits suivants... ou pour vagabondage ». Il semble bien résulter de cette façon de parler que les deux condamnations peuvent être encourues indifféremment pour l'un ou l'autre des délits énumérés avant la conjonctive *ou pour*; mais que, lorsqu'il s'agit de vagabondage, il importe que les deux condamnations aient été prononcées uniquement de ce chef. La loi dit en effet, remarquons-le, « pour un des

faits suivants... », et ensuite « ou pour vagabondage », mettant à part ce délit. Et cette manière de procéder se comprend aisément ; tous les délits énumérés d'abord se rapportent aux mêmes tendances coupables, ce sont des délits qui tous atteignent l'enfance ; que ce soit l'un ou l'autre qui soit commis, les mêmes symptômes, les mêmes traits caractéristiques s'y retrouvent. Le vagabondage, au contraire, doit être mis à part, un seul délit de cette nature n'est pas suffisant ; d'autre part, une condamnation de ce chef, encourue par un individu qui a déjà été condamné pour un des délits énumérés précédemment, ne suffit pas pour indiquer une perversion suffisante pour faire prononcer la déchéance. La répétition, au contraire, la récidive proprement dite, peut indiquer un état habituel de vie, dangereux pour l'enfant, et est capable d'entraîner la déchéance (1).

C. — La déchéance de la puissance paternelle peut être prononcée contre les ascendants qui auront été condamnés par application de l'art. 2 (§ 2) de la loi du 23 janvier 1873. Cet article prévoit le cas d'un individu déjà condamné par le tribunal correctionnel pour ivresse, et qui, moins d'un an après, encourt une nouvelle condamnation pour le même fait. La loi permet aux tribunaux de prononcer contre lui la déchéance de la puissance paternelle. Toutefois, ceux-ci feront sagement de s'inspirer des paroles de M. Brueyre disant qu'il importe, dans ce cas, d'agir avec la réserve la plus grande, car il se peut que des individus s'adonnant à l'ivrognerie ne soient cependant pas des pères de famille indignes de conserver ce titre. Notre paragraphe prévoit

(1) Sic, Leloir *Code de la puissance paternelle*, p. 318.

encore le cas d'une condamnation encourue par application des articles 1, 2, 3, de la loi du 7 décembre 1874. Cette loi, nous l'avons dit incidemment, prononçait la peine de la déchéance de la puissance paternelle contre les père et mère contrevenant à ses prescriptions. Toutefois, la loi de 1889 ne fait pas double emploi avec celle de 1874. Elle étend les dispositions de cette dernière ; en effet, la loi de 1874 ne punissait pas les père et mère qui se rendaient coupables, vis-à-vis de leurs enfants, des agissements qu'elle voulait réprimer. La loi du 24 juillet 1889 se propose d'atteindre les individus qui ont employé à des professions ambulantes des enfants autres que les leurs. Ceci résulte, d'une façon manifeste, de la comparaison des termes de la loi de 1874 et de ceux employés par notre paragraphe.

D. — La déchéance peut être prononcée contre des père et mère condamnés une première fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche. Cette disposition est le complément du § 4 de l'art. 1^{er}. Il peut arriver que, même après une première condamnation prononcée de ce chef, le tribunal estime qu'il est nécessaire de prononcer la déchéance de la puissance paternelle, en raison du peu de confiance qu'inspirent les parents ou en raison de la gravité des faits. Il était nécessaire de donner aux tribunaux le pouvoir de protéger l'innocence des enfants, peut-être déjà gravement compromise, et on ne peut qu'approuver cette sage disposition de la loi.

Les deux derniers paragraphes de l'art. 2 se réfèrent à des hypothèses où il est loisible aux tribunaux de prononcer la peine de la déchéance contre les parents en l'absence de toute condamnation. L'alinéa 5 dit que la déchéance peut être prononcée contre les père et mère dont les en-

fants ont été conduits dans une maison de correction, conformément à l'art. 66 du Code Pénal, lequel est ainsi conçu : « Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté, mais il sera, selon les circonstances, remis à ses parents ou conduit dans une maison de correction. » Cet alinéa 5 de l'art. 2 se rattache à l'idée généreuse de protection de l'enfance et au désir de sauvegarder la probité ou la moralité de ceux dont les parents n'inspirent pas confiance. Au sortir de la maison de correction les enfants mineurs retombent, en effet, sous la domination de leurs parents, et il est permis de craindre que l'influence mauvaise de ceux-ci, ou tout au moins, une coupable négligence, de leur part, ne suscitent de nouveaux dangers pour l'enfant. C'est pourquoi il était bon de donner aux tribunaux le moyen de protéger les enfants, et c'est ce but qu'a voulu atteindre le § 5 de l'art. 2.

Enfin, le dernier alinéa de cet article donne la liberté de prononcer la déchéance, « en dehors de toute condamnation, contre les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ». Le législateur s'est servi à dessein des termes les plus larges ; il a voulu présenter une formule permettant de poursuivre tous les faits qui, dans la pratique, peuvent causer un préjudice quelconque moral ou matériel à la personne des enfants. Aussi, comme on l'a fait remarquer, c'est cet article qui a donné lieu au plus grand nombre d'applications jusqu'ici ; et c'est grâce à lui que plusieurs tribunaux ont pu motiver des jugements dont il est impossible de ne pas reconnaître l'utilité. Le 6 mai 1890,

par exemple, le tribunal d'Évreux a prononcé la peine de la déchéance contre un individu qui vivait en état de concubinage et n'essayait en rien d'arrêter les mauvais traitements dont étaient victimes de la part de sa compagne les enfants issus de son précédent mariage. Que faut-il entendre par l'expression « mauvais traitements », employée par le législateur dans l'art. 2 (§ 6) ? M. Didier (1) enseigne qu'elle correspond au verbe maltraiter, lequel, dit-il, a un sens parfaitement clair et implique le fait positif d'un père qui exagère son droit de correction et brutalise ses enfants. D'après ce système que nous trouvons également dans M. Vingtain (2), les mots employés par la loi ne viseraient que les voies de fait exercées par un ascendant sur ses enfants.

Pour notre part, nous pensons que ces mots « mauvais traitements » correspondent tout autant au terme « ne pas bien traiter » qu'au verbe « maltraiter » ; que, par conséquent, cette expression comprend, non seulement le cas où un enfant est victime de coups et de blessures, mais encore celui où il n'est pas traité comme il devrait l'être (3). C'est, du reste, en ce dernier sens que la jurisprudence est fixée.

Ce paragraphe termine l'énumération des causes de déchéance de la puissance paternelle. M. Charmont (4) a résumé les deux premiers articles de la loi dans les trois règles suivantes :

(1) Didier, *Étude sur la loi de 1889*, p. 57.

(2) Vingtain, *Des restrictions et déchéances de la puissance paternelle*, p. 149.

(3) Sic, de Loynes, Dalloz, 1890. 2. 25.

(4) Charmont, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, p. 510.

1° La déchéance ne résulte, en principe, que d'une condamnation à une peine criminelle ; toutefois la condamnation à une peine correctionnelle peut entraîner cette conséquence, lorsqu'elle a été prononcée à raison d'un délit particulièrement grave ou dont l'enfant a été victime.

2° Pour savoir si la déchéance est applicable, si elle est facultative ou obligatoire, on tient compte, non seulement de la gravité, mais de la pluralité des délits.

3° En l'absence de toute condamnation, l'indignité des parents est toujours considérée comme une raison suffisante.

SECTION II

DE LA PROCÉDURE.

Les articles 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, de la loi du 24 juillet 1889 organisent la procédure à suivre pour faire prononcer la déchéance de la puissance paternelle.

Les personnes qui peuvent intenter cette procédure sont les parents du mineur jusqu'au degré de cousin germain ; le même pouvoir est donné au Ministère public. A défaut de parents ou en présence de leur inaction, il importait de donner aux Procureurs de la République la possibilité de mettre la justice en mouvement. Toutefois, il leur a été recommandé par des circulaires et instructions souvent renouvelées de ne poursuivre la déchéance qu'avec la plus grande prudence et dans le cas « où le plus léger doute ne saurait s'élever sur son opportunité ». On comprend aisément le motif qui a inspiré

cette circonspection; il était bon de faire connaître avec quels sentiments de réserve la magistrature entendait se servir des moyens mis à sa disposition. Mais une intervention abusive de sa part était-elle bien à redouter? N'y avait-il pas plutôt lieu de craindre que le Parquet, dont les attributions sont si variées déjà, ne fût que trop porté à se conformer aux conseils qui lui étaient donnés? En fait, c'est ce qui est arrivé, et le directeur de l'Assistance publique constatait avec regret (1) que les jugements rendus en 1889 en vertu de l'art. 2 (§ 6), qui donne cependant, nous l'avons vu, tant de latitude à l'action de la justice, aient été rendus à sa requête et non à celle du Parquet. Toutefois, cette façon d'agir du Ministère public nous semble préférable à la conduite qu'il aurait pu tenir en manifestant trop d'ardeur. La loi de 1889 est un instrument fort délicat dont le maniement doit s'acquérir par les leçons de l'expérience. Nous préférons voir le Ministère public s'être abstenu, plutôt que d'avoir créé, par une intervention trop précipitée, une jurisprudence qui aurait pu être désastreuse dans ses effets et qu'il eût été difficile de redresser par la suite. Espérons cependant que le Ministère public entrera peu à peu dans la voie que lui ouvre le législateur de 1889, et qu'il ne négligera pas de prendre en main la défense des intérêts de l'enfance. Il ne faudrait pas que la réserve légitimement conseillée dégénérât en abstention systématique, ou bien le but de la loi serait, en partie, manqué.

En principe, c'est le tribunal civil qui est compétent pour prononcer la déchéance; c'est devant lui, en effet, que l'art. 3 déclare que la procédure spéciale à fin de

(1) Rapport au préfet de la Seine.

déchéance doit être intentée. Conformément aux règles générales, c'est le tribunal du domicile du défendeur qui doit être saisi de l'affaire. La loi donne cependant la permission de saisir le tribunal de la résidence des parents; la raison en est, sans aucun doute, que ce tribunal sera, dans bien des circonstances, celui devant lequel pourra être discutée avec le moins de chances d'erreur la valeur morale des ascendants. C'est là, en effet, que ceux-ci sont établis, c'est là qu'ils vivent, c'est là qu'ils sont le mieux connus, et il était utile, dans une affaire aussi grave et exigeant tant de témoignages éclairés, de donner la faculté de saisir le tribunal qui fût le mieux à même de s'entourer de renseignements certains.

Le premier acte de la procédure est la rédaction d'un mémoire énonçant les faits sur lesquels le demandeur se base pour introduire l'action; ce mémoire est adressé au Président du tribunal civil, accompagné des pièces justificatives. Le Procureur de la République fait faire une enquête sur la situation de la famille du mineur et sur la moralité des parents; il est évident que, lorsque ce sera le Ministère public qui demandera la déchéance, lorsque ce sera lui qui aura commencé la procédure, cette enquête sera déjà effectuée. Le mémoire introductif d'instance est notifié aux défendeurs; il est également remis à un juge rapporteur désigné par le Président, lequel examinera l'affaire.

C'est dès le début de l'instance que ce mémoire introductif doit être notifié au défendeur. La Cour d'appel d'Angers l'a déclaré formellement dans un arrêt en date du 18 mars 1891 (D, 93. 2. 57), et cette solution est parfaitement juridique. L'art. 4 de la loi de juillet 1889 distingue, en effet, comme le fait remarquer M. Planiol dans

une note au bas de l'arrêt précité, deux ordres de disposition ; il s'occupe de règles spéciales à la procédure de déchéance, et renvoie aux art. 892 et 893 du Code de Procédure Civile qui règlent la procédure d'interdiction. Or, l'art. 893 contient une disposition qui est en contradiction avec l'alinéa 2 de l'art. 4. En effet, dans la procédure d'interdiction, le mémoire n'est notifié au défendeur qu'au cours de l'instance. Cette façon de procéder semble difficile à concilier avec l'art. 4 qui, dit M. Planiol, « suit, pour ainsi dire, l'ordre chronologique de la procédure. » La Cour d'Angers a décidé qu'il ne fallait pas s'inspirer de la procédure d'interdiction pour la notification du mémoire ; qu'il importait, dès le début de l'instance, de faire connaître au défendeur les faits dont on argumentait contre lui.

L'arrêt de la Cour d'Angers est, du reste, très important et touche à d'autres questions intéressant la procédure de l'action en déchéance. C'est ainsi qu'il décide que les jugements préparatoires et interlocutoires, rendus au cours de l'instance, doivent être prononcés en audience publique, bien que la loi n'exige expressément la publicité que pour le jugement définitif. M. Planiol est, sur ce point, d'avis différent, parce que, dit-il, la loi donne toute compétence à la chambre du conseil au cours de l'instance et n'exige la publicité qu'à la fin de la procédure. M. Leloir (1), au contraire, estime et nous pensons avec lui, conformément à l'arrêt d'Angers, qu'on doit appliquer ici les principes généraux (c'est-à-dire exiger la publicité des jugements) puisqu'il n'y a pas été formellement dérogé.

(1) Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 2, p. 125.

Si le tribunal ne se trouve pas suffisamment éclairé par le rapport du juge commis, il peut ordonner une enquête; il lui est même loisible de faire convoquer le conseil de famille, s'il le juge à propos. A ce sujet, nous devons remarquer qu'au moment de la discussion de la loi, M. Boreau-Lajanadie déposa un amendement tendant à ce que la convocation du conseil de famille ne fût pas seulement facultative, mais obligatoire. « Puisque la Chambre, disait-il, a adopté la procédure des art. 892 et 893 en matière d'interdiction, je demande qu'on ne sorte pas du droit commun, je voudrais que la convocation du conseil de famille ne pût jamais être négligée. » Cet amendement fut rejeté, et cela nous paraît regrettable; le conseil de famille est, en effet, la première autorité à consulter lorsqu'il s'agit de prononcer la déchéance du père ou de la mère.

Le tribunal procède ensuite, en chambre du conseil, à l'interrogatoire du défendeur; puis, ayant entendu les réquisitions du Procureur de la République et ayant examiné l'affaire à l'aide de tous les documents qu'il a entre les mains (mémoire introductif d'instance, résultats de l'enquête faite par le Procureur, rapport du juge commis, enquête si le tribunal a jugé bon de l'ordonner, délibération du conseil de famille (à la même condition), procès-verbal de l'interrogatoire), il rend en audience publique son jugement sur l'affaire.

Comme on le voit, le tribunal peut s'entourer de tous les éléments qui lui sont utiles pour pouvoir se prononcer en parfaite connaissance de cause; mais, en raison justement du grand nombre de ces garanties, la procédure peut durer un temps relativement assez long. C'est pourquoi l'art. 5 décide que, durant l'instance, le tribunal

pourra ordonner telles mesures provisoires qu'il croira devoir prendre dans l'intérêt des enfants. C'est également afin que la situation des mineurs soit promptement fixée que, d'après l'art. 4 *in fine*, le jugement peut être déclaré exécutoire nonobstant opposition ou appel. Les art. 6 et 7, inspirés par la même idée, ont diminué les délais d'opposition et d'appel. D'après l'art. 6, l'opposition à un jugement par défaut prononçant la déchéance ne sera recevable que dans le délai de huit jours si la notification du jugement est faite à personne, dans celui d'un an si elle est faite à domicile. L'appel, d'après l'art. 7, doit être interjeté dans les dix jours si le jugement est contradictoire, et du jour où l'opposition n'est pas recevable s'il est par défaut.

Ce sont là les seuls changements apportés à la procédure du droit commun par la loi de 1889; nous devons donc en conclure que les règles générales doivent être appliquées pour toutes les questions non prévues aux art. 3 à 8.

Citons, en terminant, un arrêt de la Cour de cassation en date du 23 février 1891 (1), qui tranche la question de savoir si le pourvoi en cassation doit être formé suivant les règles établies en matière civile ou d'après celles qui sont applicables en matière pénale. Cet arrêt a décidé qu'il fallait suivre la procédure établie en matière civile. Toutefois, comme le fait remarquer M. Charmont (2), la question ne peut être considérée comme définitivement tranchée par cette seule décision.

(1) Sirey, 1891, 1, p. 168.

(2) Charmont, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, p. 514.

Il s'agissait en effet, dans l'espèce, d'un jugement rendu par un tribunal civil. La décision de la Cour suprême eût-elle été la même si, par exemple, le jugement était émané d'un tribunal correctionnel? Il est permis de supposer le contraire. La compétence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation paraît, en effet, dans cette hypothèse, plus conforme à la jurisprudence actuelle de cette Cour, qui déclare que la juridiction d'appel est déterminée, non par la nature de l'affaire, mais par celle de la juridiction qui statue en premier ressort.

L'art. 9 décide que, quand la déchéance a été prononcée contre le père pour une des raisons qui l'emportent de plein droit, le Ministère public ou les parents qui ont qualité pour cela saisissent la juridiction civile, afin de faire décider si les droits de la puissance paternelle seront exercés par la mère. Nous aurons occasion d'examiner ce point quand nous traiterons de l'organisation de la tutelle. C'est sur cet article, nous l'avons dit, que certains auteurs ont voulu se baser pour décider que, même en ce cas de déchéance de plein droit, il fallait que la déchéance fût formellement prononcée. Nous avons repoussé cette opinion, parce que l'art. 9 ne nous semble pas du tout impliquer une telle conséquence.

Le même article donne aux tribunaux répressifs, lorsqu'ils prononceront une des condamnations susceptibles d'entraîner la déchéance, le pouvoir de statuer en même temps et tout aussitôt sur la déchéance elle-même; mais c'est là une simple faculté qui leur est laissée. M. Boreau-Lajanadie, au moment de la discussion de la loi, a voulu en faire une obligation; on lui a répondu que les tribunaux pouvaient être suffisamment renseignés pour prononcer une condamnation pénale, sans que, pour

cela, leur religion fût suffisamment éclairée pour leur permettre de statuer sur la déchéance; qu'il était donc préférable de ne pas les y obliger.

SECTION III

DES EFFETS ET DE L'ÉTENDUE DE LA DÉCHÉANCE PRONONCÉE.

Les effets de la peine de la déchéance peuvent se ramener à trois principaux. La déchéance de la puissance paternelle est : générale quant aux personnes ; non dévolutive au profit de la mère ; complète quant aux attributs de la puissance paternelle.

A. — Générale quant aux personnes.

La déchéance de la puissance paternelle est, nous l'avons déjà vu à propos de l'art. 335 du Code Pénal, générale, en ce sens qu'elle frappe le condamné à l'égard de tous ses enfants actuellement vivants, et même à l'égard de ses enfants à venir. Elle l'est encore, en ce sens qu'elle atteint le condamné non seulement en sa qualité de père ou de mère vis-à-vis de ses enfants, mais encore en sa qualité d'ascendant vis-à-vis de ses petits-enfants ; c'est pour bien indiquer cette idée que le mot « ascendant » existe dans l'art. 1. La déchéance est, en quelque sorte, la constatation par la loi d'une incapacité reposant sur l'indignité de l'ascendant déchu ; et cette incapacité, une fois constatée, est, en principe, irrévocable ; c'est une peine perpétuelle dont on ne peut être relevé que par un jugement constatant l'amendement du condamné et déclarant qu'il est redevenu apte à exercer la puissance paternelle. Notons ici, à propos du caractère de la généralité de la

peine, la disposition de l'art. 8 déclarant que « tout individu déchu de la puissance paternelle est incapable d'être tuteur, subrogé-tuteur, curateur ou membre d'un conseil de famille. » Cette incapacité résulte déjà, en cas de condamnation criminelle, de l'art. 34 du Code Pénal, lequel énumère les droits dont on est privé par suite de la dégradation civique, et peut résulter de l'art. 42 du même code qui permet aux tribunaux correctionnels de prononcer des déchéances analogues à celles établies par l'art. 34. Nous savons également que le Code Civil prévoit deux cas permettant de prononcer la destitution de la tutelle, mais aucun de ces textes n'a la même portée que l'art. 8, qui repose sur une présomption d'indignité absolue et s'applique par le fait même du prononcé de la déchéance.

B. — Non dévolutive au profit de la mère.

Il résulte de l'art. 9, nous l'avons vu, que le tribunal peut décider que les droits enlevés au père ne seront pas exercés par la mère. Cette disposition de la loi ne pouvait manquer de soulever des critiques assez vives. Elle est, en effet, contraire à tous les principes admis jusqu'ici par nos lois. Quand la puissance paternelle ne peut être exercée par le père, soit parce qu'il est absent, soit parce qu'il est en état de folie, le Code Civil confère l'exercice de ces droits à la mère. De même, lorsque le père est mort, c'est elle qui se trouve investie de la puissance paternelle. Pour quelle raison le législateur a-t-il abandonné ces principes et a-t-il permis aux tribunaux d'étendre la peine de la déchéance à la mère, en l'absence de toute condamnation encourue par celle-ci? Peut-être a-t-il supposé que, dans certains cas, la mère, sans être juridiquement complice des fautes commises par son

mari, n'a pas fait tout son devoir en ne protégeant pas suffisamment ses enfants contre les agissements de leur père. Cette négligence coupable pourrait justifier la décision prise contre elle, mais il est une autre raison qui a dû surtout déterminer le législateur à abandonner la théorie du Code Civil; c'est la suivante. Si la puissance paternelle reste dévolue à la mère, le père de famille frappé de déchéance, habitant avec celle-ci, aura encore, en fait, sous son autorité les enfants qu'on a voulu protéger contre lui; il est à craindre que la mère investie des droits enlevés au père n'ait pas, dans bien des cas, l'indépendance nécessaire pour résister aux agissements de son époux; de sorte que celui-ci pourrait exercer sur ses enfants les mêmes influences mauvaises qu'autrefois.

Ce sont les tribunaux qui apprécieront l'opportunité de cette mesure; ils devront ne la prononcer que si l'intérêt des enfants la réclame bien manifestement; car, en cas d'indignité du père, c'est la mère de famille qui le supplée tout naturellement dans la direction et l'instruction des enfants; et il importe de ne disperser ainsi un foyer que si des raisons graves commandent impérieusement cette façon de procéder. La déchéance ainsi étendue à la mère est générale et s'étend à tous les enfants nés et à naître; mais l'art. 9 permet de confier à la mère la garde de ses enfants pendant le premier âge, époque à laquelle ils peuvent difficilement se passer de ses soins.

Le même article décide *in fine* que, si le père déchu de la puissance paternelle contracte un nouveau mariage et a des enfants de ce second lit, la nouvelle femme peut demander au tribunal l'attribution de la puissance

paternelle sur ces enfants. Cette disposition a été très vivement critiquée à la Chambre. M. Boreau-Lajanadie et M. de la Batie notamment ont fait ressortir la situation anormale (immorale, a-t-on dit même) « d'un homme qui aura l'autorité maritale sur sa nouvelle femme, qui aura obtenu la confiance de la famille dans laquelle il vient d'entrer et qui cependant *de plano*, de plein droit, n'aura pas, en vertu d'une décision antérieure à ce second mariage, l'autorité paternelle sur les enfants issus de cette seconde union » (Discours de M. de la Batie). On ne peut nier que la situation ne soit tout au moins bizarre et ne constitue une *inelegantia juris*, mais la solution contraire ne pouvait être admise, étant donné le caractère de perpétuité de la peine de la déchéance. Il restera toujours au mari la ressource de se faire restituer la puissance paternelle. Un second mariage peut être pour lui le début d'une vie nouvelle ; les tribunaux apprécieront s'il a donné des garanties suffisantes d'amendement pour mériter cette faveur.

Mais, en cas de second mariage ainsi contracté par un individu frappé de déchéance, il est une situation que la loi n'a pas prévue, c'est l'hypothèse inverse de celle que nous venons d'examiner. Supposons que la femme qui épouse le père frappé de déchéance soit veuve et ait des enfants de son premier lit. M. Charmont (1) se demande si cette femme conservera la puissance paternelle sur ses enfants. Ne serait-il pas souhaitable de pouvoir les soustraire à l'influence d'un parâtre qui n'a pas su conserver la puissance paternelle sur ses propres en-

(1) Charmont, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, p. 515, n° 1.

fants et contre qui, par conséquent, il importerait de protéger les enfants de sa femme? Au point de vue juridique malheureusement, la question ne nous semble pas pouvoir être mise en doute. C'est le père qui est frappé de la déchéance; peut-être le jugement avait-il étendu cette peine à la première femme. Mais la seconde épouse n'est pas atteinte par là, et la décision intervenue ne pouvait s'appliquer qu'aux enfants nés du père condamné et nullement à ceux issus d'un autre lit. C'est, du reste, la solution à laquelle aboutit aussi, quoique à regret, M. Charmont en faisant remarquer que la question n'est pas prévue par la loi; que nous sommes en matière pénale ou, tout au moins, privative de droits; que, par conséquent, on ne peut suppléer au silence du texte.

C. — Complète quant aux attributs de la puissance paternelle.

Nous avons eu déjà, à ce point de vue, l'occasion de faire remarquer que la loi de 1889 est plus sévère que l'art. 335 du Code Pénal. C'est ici le lieu de développer cette observation en comparant ce texte avec l'art. 1^{er} de la loi du 24 juillet 1889.

L'art. 335 du Code Pénal prive le condamné des droits et avantages accordés par le Code Civil, liv. I^{er}, tit. 9, c'est-à-dire des droits de garde, de correction et d'usufruit légal établis par les art. 371 et suiv. du Code Civil. L'art. 1^{er} de la loi de 1889, au contraire, ne se réfère pas seulement à ces articles; il vise la puissance paternelle en général et « tous les droits qui s'y rattachent ». Les rédacteurs de la loi nouvelle ont même cru devoir énumérer quelques-uns de ces attributs; ainsi ils citent l'art. 148 qui établit le consentement au mariage,

l'art. 346 qui exige l'autorisation des père et mère pour l'adoption, l'art. 397, etc. Tous ces droits sont enlevés aux parents déchus, mais cette énumération, bien loin d'être limitative, a été placée par le législateur à titre d'exemple, ainsi que le prouve le mot « notamment » inséré dans le texte de l'article. La formule de la loi ne pouvait donc être plus générale; il n'est fait exception que pour une obligation à la charge des enfants qui constitue un droit pour les parents; c'est l'obligation alimentaire organisée par les art. 205, 206 et 207 du Code Civil.

Nous avons signalé à plusieurs reprises, au cours de ce travail, quelle était la portée que le législateur entendait donner à la déchéance. Cette peine, à la différence de celle portée par l'art. 335 du Code Pénal, frappe l'ascendant, avons-nous dit, à l'égard de tous ses enfants nés et à naître. A ce sujet, il s'est élevé à la Chambre, au moment du vote du projet, un incident que nous ne pouvons passer sous silence, parce qu'il montre bien l'esprit de la loi à cet égard. M. Boreau-Lajanadie, au sujet de l'art. 1^{er}, a dit que les termes de cet article permettaient d'atteindre non seulement le père de famille, mais encore l'individu marié n'ayant pas d'enfant et, bien plus, même un individu non marié. L'honorable député a cité l'exemple d'un jeune homme placé comme instituteur auprès d'une jeune fille, abusant de la situation qui lui était ainsi faite et traduit devant les tribunaux. Il pourra, disait l'orateur, être déclaré déchu de la puissance paternelle, et c'est une solution que je prie la Chambre de ne pas ratifier. La Chambre, néanmoins, a rejeté l'amendement déposé par M. Boreau-Lajanadie. Ce fait montre bien que le législateur a voulu enlever, non seulement

tous les attributs de la puissance paternelle, mais peut-être même l'aptitude à être un jour investi de ces droits. Nous disons « peut-être », car la question soulevée par M. Boreau-Lajanadie donne lieu à discussion. M. Leloir (1) et M. Charmont (2) admettent que la déchéance pourrait être ainsi prononcée même contre un célibataire. Pourquoi, disent-ils, la condamnation devrait-elle précéder la naissance d'un enfant, puisque les ascendants sont déchus, même à l'égard des enfants à naître?

Il nous semble cependant que la situation n'est pas la même; on comprend cette disposition de la loi à l'égard des parents qui ont eu des enfants et n'ont pas été arrêtés dans la voie du crime par l'idée du bon exemple et des bons principes qu'ils devaient donner à leurs enfants. Mais cette disposition nous semble bien plus difficile à admettre en présence d'individus qui n'ont pas encore eu d'enfants, parfois même ne sont pas mariés, et qui peuvent trouver plus tard, dans la naissance de leur premier enfant ou dans le mariage, un frein moral qui, jusqu'alors, leur avait fait défaut.

Il ne faut pas exagérer l'importance des paroles de M. Boreau-Lajanadie; celui-ci a révélé le danger qu'une interprétation trop rigoureuse des termes de l'art 1^{er} pouvait faire courir, mais rien ne prouve que ce soit là l'interprétation exacte qu'il faille donner à la loi; le rejet de l'amendement par lui déposé prouve peut-être que la Chambre a considéré le danger signalé comme chimérique. Bien des raisons, en effet, nous paraissent mili-

(1) Leloir, *Code de la puissance paternelle*, p. 344 et suiv.

(2) Charmont, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, p. 510, n° 1.

ter en faveur de la thèse contraire. Les rédacteurs de la loi, il faut bien se le rappeler, n'ont voulu toucher à la loi qu'en cas d'absolue nécessité : « La loi, dit M. Courcelle-Seneuil, ne doit même pas rechercher tous les abus possibles de la puissance paternelle; il suffit de les voir, de les réprimer lorsqu'ils éclatent au grand jour et deviennent évidents... Le législateur ne doit s'occuper que des pères manifestement indignes d'exercer la puissance paternelle et garder une grande, une très grande réserve... L'indignité du père de famille ne doit être ni soupçonnée ni supposée... Il suffit de la constater lorsqu'elle se manifeste clairement. » Nous pourrions multiplier les citations et invoquer, non seulement M. Courcelle-Seneuil, mais M. Brueyre, M. Rousseau et tous les rapporteurs de la loi. Le principe est partout le même; il faut agir avec la plus grande circonspection vis-à-vis du père de famille; il faut donc, il nous semble, agir avec une plus grande réserve encore vis-à-vis de l'individu qui, ne l'étant pas au moment de la condamnation, ne rentre pas dans la catégorie des pères manifestement indignes dont le législateur doit seulement s'occuper.

D'ailleurs, les termes de la loi, bien loin d'être contraires à cette opinion sembleraient plutôt la commander. L'art. 1^{er} vise uniquement les individus qui sont père, mère, ascendants; or, les individus n'ayant pas d'enfants ne peuvent rentrer dans cette catégorie. D'autre part, la loi dit qu'ils seront déchus « s'ils sont condamnés »; les sujets de ce verbe sont « les père, mère et ascendants », et l'indicatif présent du verbe (si les père, mère et ascendants sont condamnés) semble bien indiquer la simultanéité de la qualité d'ascendants et de la condamna-

tion. Si le législateur avait voulu exprimer cette idée que la déchéance pouvait être prononcée lorsque la condamnation est antérieure à la qualité de père ou de mère, il aurait dit : « Les père, mère et ascendants seront déchus lorsqu'ils auront été condamnés, » ce qui aurait compris les condamnations prononcées avant le mariage comme celles qui l'auraient été depuis. Nous pensons donc que la déchéance de la puissance paternelle ne peut être prononcée que contre des individus mariés et pères ou mères de famille (1).

Après avoir vu la portée de la loi au point de vue des effets de la condamnation, nous devons voir quelle en est l'étendue, et nous examinerons cette question à deux points de vue, dont le premier sera celui-ci : Quels sont les enfants que le législateur a voulu protéger ? Quels sont, en fait, ceux auxquels s'étend la loi de 1889 ? Le législateur, son but est évident, a voulu protéger tous les enfants ; il importe peu donc que l'enfant, victime des mauvais traitements ou de mauvais exemples, soit majeur ou mineur ; dans l'un comme dans l'autre cas, la déchéance peut être poursuivie et prononcée. La loi, en effet, ne fait aucune distinction, et l'esprit dans lequel elle a été conçue pousse à cette solution. D'ailleurs, il est des droits qui restent aux parents, même après la majorité de l'enfant (droit de consentement au mariage, etc.) ; on conçoit donc fort bien l'opportunité de cette mesure (2). Nous devons cependant faire une

(1) Sic, Didier, *Étude sur la loi de 1889*, p. 63 ; — Lallemand, *Annuaire de la législation française*, t. 9 ; p. 272.

(2) Sic, Leloir, *Code de la puissance Paternelle*, t. 1, p. 56 et 304, n° 2.

première restriction en ce qui concerne les enfants adoptifs ; nous pensons, contrairement à l'opinion enseignée par M. Nillus (1), que la loi de 1889 ne peut leur être applicable. L'adoption, en effet, établit entre l'adoptant et l'adopté des rapports spéciaux qui ne sont pas les liens de la puissance paternelle. Celle-ci résulte d'un fait de nature, du fait de paternité, et n'est pas exercée par l'adoptant. On ne peut donc prononcer contre ce dernier la déchéance de la puissance paternelle, puisqu'il n'est pas investi des droits qui la constituent.

La loi de 1889 ne s'applique pas non plus aux étrangers ; mais en vertu des principes généraux, il est possible aux tribunaux de prendre des mesures pour protéger en France un enfant étranger, maltraité par des parents indignes. Si le père est Français, mais non l'enfant, ou réciproquement, il faut, pour résoudre la difficulté, se reporter aux principes généraux qui gouvernent les questions d'état. Nous dirons donc que, si le père est Français, les tribunaux auront toujours le droit de prononcer contre lui la peine de la déchéance ; c'est, en effet, son état personnel à lui, sujet Français, qui sera atteint dans l'espèce. Si, au contraire, l'enfant est Français et le père étranger, nous estimons qu'il ne sera pas possible d'enlever au père l'exercice de ses droits ; les tribunaux du pays auquel il appartient auraient seuls le pouvoir de le faire, mais la justice aura incontestablement le droit de protéger l'enfant, et pour cela d'en retirer la garde au père de famille, et, d'une façon générale, de prendre telles mesures qu'elle jugera utiles.

(1) Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle et protection des enfants recueillis avec ou sans l'intervention des parents*, n° 60 et suiv.

Quid des enfants naturels ? La loi de 1889 n'en parle pas, mais nous n'hésitons pas à dire qu'ils rentrent dans la catégorie des enfants protégés par elle, du moins lorsque les rapports de filiation qui les unissent à leurs parents sont légalement constatés, lorsqu'il s'agit d'enfants naturels reconnus. La généralité des termes de la loi nous semble devoir comporter cette solution, d'autant plus facilement que l'autorité des père et mère naturels a toujours été considérée, par le législateur, comme moins respectable et, par les interprètes, comme moins solidement établie que celle des père et mère légitimes. Leurs pouvoirs sont moins étendus, et les tribunaux, avant la loi de 1889, s'étaient arrogé, à leur égard, un droit de contrôle beaucoup plus rigoureux que quand il s'agissait des parents légitimes. On appliquera donc la loi de 1889 aux père et mère naturels comme aux père et mère légitimes ; et c'est ce qu'a déjà fait la jurisprudence. En conséquence, les père et mère naturels pourront être déchus de leurs droits, non seulement à l'égard de leurs enfants, mais encore à l'égard des enfants légitimes de ceux-ci. Remarquons ici, à la suite de M. Leloir, que les parents légitimes, au contraire, ne pourront encourir aucune déchéance en ce qui concerne la descendance naturelle de leurs enfants. L'art. 9 qui permet d'étendre à la mère la déchéance prononcée contre le père s'appliquera sans difficulté à la mère naturelle comme à la mère légitime.

Mais il peut arriver que l'enfant n'ait pas été reconnu en même temps par le père et la mère ; et cette circonstance peut donner lieu à bien des difficultés pratiques. Il peut se faire, par exemple, que, l'enfant ayant été reconnu par un seul de ses parents, et la déchéance ayant été

prononcée contre celui-ci, l'autre auteur reconnaisse ensuite l'enfant. Qu'advient-il alors du mineur qui a dû être placé en tutelle? Si c'est contre la mère que la déchéance a été prononcée, aucun motif de refus, il nous semble, ne peut être invoqué contre le père qui vient réclamer son enfant. La peine de la déchéance portée contre la mère ne peut avoir aucun effet contre le père. L'hypothèse inverse, au contraire, peut donner lieu à plus de difficulté. Si la déchéance a été prononcée contre le père et que, par la suite, la mère reconnaisse son enfant et le réclame, n'est-il pas possible de soutenir, dans l'intérêt de celui-ci, que ce cas doit être régi par l'art. 9 *in fine* et que, par analogie, on doit étendre, en pareil cas, à la mère naturelle les dispositions relatives au cas d'une femme qui se marie avec un individu déclaré déchu de la puissance paternelle? En d'autres termes, la condamnation portée contre le père ne doit-elle pas être étendue, conformément à l'art. 9 *in fine*, à la mère naturelle reconnaissant son enfant postérieurement à cette condamnation? M. Leloir répond à cette question : « Ce serait logique, mais quelque peu arbitraire, dans le silence absolu de la loi. » Nous approuvons d'autant plus volontiers cette solution qu'elle nous semble pouvoir être encore corroborée par une autre considération, à savoir que l'analogie n'est pas complète entre les deux hypothèses qu'on rapproche ainsi l'une de l'autre. Quand il s'agit d'une femme épousant en secondes noces un père de famille déchu, on peut craindre, en lui attribuant la puissance paternelle, que, en raison de la cohabitation qui suivra le mariage, les enfants ne se trouvent soumis à une influence contre laquelle on a voulu les préserver. Mais ce danger n'existe pas, du moins nécessairement, quand il

s'agit d'une mère naturelle reconnaissant son enfant ; ce fait de la reconnaissance n'implique pas, en effet, la volonté de la part de la mère de cohabiter avec le père de l'enfant. La situation deviendra bien plus grave si au fait de la reconnaissance vient s'ajouter celui de la légitimation par mariage subséquent. Toutefois, même en ce cas, et bien que le danger que nous avons signalé puisse exister, il nous semble qu'on ne peut *a priori* refuser la puissance paternelle à la mère. Celle-ci n'en est privée, en effet, que lorsque la condamnation prononcée contre le père de famille a été étendue à sa femme, et, si le jugement ou l'arrêt ne tranche pas expressément la question, c'est elle qui, conformément au droit commun, exercera la puissance paternelle.

Mais c'est surtout quand il s'agit d'enfants naturels non reconnus que les tribunaux peuvent se trouver embarrassés. Lorsqu'un enfant naturel n'est pas reconnu et est abandonné par ses parents, l'Assistance publique peut le recueillir. Mais, en fait, il arrive fréquemment que des père et mère naturels, soit ensemble, soit séparément, s'occupent de leur enfant sans l'avoir reconnu. Au bout d'un certain temps, cet enfant a une possession d'état ; mais si les parents le maltraitent ou le corrompent, comment la société pourra-t-elle le protéger ? Le tribunal de Vervins a décidé avec raison, par un jugement du 17 mars 1893, qu'il n'est pas possible en pareil cas de prononcer la déchéance contre les parents, la possession d'état n'étant pas une preuve de la filiation. Le Comité de défense des enfants traduits en justice s'est occupé de cette question, le 3 février 1892, et, estimant qu'il y avait là une lacune dans la loi, il discuta et adopta le texte d'un article additionnel à la loi de 1889,

ayant pour but d'atteindre les parents des enfants naturels non reconnus. Ce texte est ainsi conçu : « Lorsque la santé, la sécurité, la moralité d'un enfant naturel non reconnu, ou de père et mère inconnus ou non dénommés, sera compromise soit par l'ivrognerie habituelle, l'inconduite notoire et scandaleuse ou par de mauvais traitements de la part de ceux qui l'élèvent habituellement, soit par suite de la condamnation de ces personnes dans les cas visés par les art. 1 et 2; ou si cet enfant a été arrêté, et que l'instruction démontre qu'il n'y a pas lieu de le déférer au tribunal, le tribunal, statuant en chambre du conseil, pourra, sur la réquisition du Ministère public, confier à l'Assistance publique les droits de la puissance paternelle sur cet enfant et remettre l'exercice de ces droits aux administrations d'assistance publique, aux sociétés de bienfaisance régulièrement autorisées à cet effet ou à des particuliers jouissant de leurs droits civils. » Le texte du projet prévoit, en outre, le cas où l'enfant serait légitimé ou reconnu postérieurement à la décision du tribunal, et décide que, en pareil cas, l'enfant ne pourra être remis à ses parents que dans les conditions déterminées par l'art. 24 de la loi de 1889.

M. Charmont (1), au contraire, estime que la loi de 1889 est suffisante pour protéger même les enfants naturels non reconnus. Il suffit pour cela, dit-il, d'étendre la portée de l'art. 23 au cas qui nous occupe. Cet article visant la situation d'un enfant confié à un particulier ou à une association de bienfaisance décide que le préfet,

(1) Charmont, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, janvier 1895, p. 2.

dans l'intérêt de cet enfant, a toujours la faculté de demander qu'il soit remis à l'Assistance publique; le particulier ou l'association qui l'a recueilli étant dessaisi de tout droit sur lui.

Les parents naturels en effet, dit M. Charmont, ne peuvent s'étonner qu'on les assimile à des étrangers. N'ont-ils pas eux-mêmes voulu cette assimilation, en ne reconnaissant pas leur enfant? Ces parents, continue le même auteur, n'ont même pas sur leurs enfants les mêmes droits que ceux qui sont attribués aux particuliers ou aux associations, visés par l'art. 23, sur l'enfant qu'ils ont recueilli; ces particuliers, ces associations ont, en effet, un titre pour s'occuper de l'enfant; les père et mère naturels qui n'ont pas reconnu leur enfant n'en ont aucun.

Cette façon de procéder est celle qui est conseillée par la Chancellerie : « Mon collègue, dit le ministre de l'Intérieur dans une lettre au préfet de l'Eure du 9 avril 1891, estime qu'il serait possible, en semblable circonstance, d'adopter la marche indiquée par l'art. 23 de la loi du 24 juillet 1889, en assimilant ces parents aux personnes à qui des enfants auraient été confiés (1). » Ce raisonnement a été reproduit par un jugement du tribunal d'Évreux, en date du 27 mai 1891.

Le tribunal de Vervins, dans le jugement dont nous avons parlé plus haut, suit un autre système; il vient au secours des enfants non reconnus par un autre moyen que M. Charmont. Voici son raisonnement : la loi du 15 pluviôse an XIII et le décret du 29 janvier 1811 permettent de placer parmi les enfants assistés trois sortes

(1) *Sic*, Note de M. de Loynes, D, 93, 2, 402.

d'enfants : les *enfants trouvés* ; l'enfant naturel qui n'est pas reconnu, mais qui est élevé par ses parents, ne peut rentrer dans cette catégorie ; les *enfants abandonnés*, c'est-à-dire ceux qui, « nés de père et mère connus, et d'abord élevés par eux ou par d'autres personnes à leur décharge, en sont délaissés, sans qu'on sache ce que les père et mère sont devenus ou sans qu'on puisse recourir à eux » (art. 11 du décret) (cette définition ne peut s'appliquer aux enfants naturels non reconnus) ; enfin, les *orphelins* : ce sont, dit l'art. 6 du décret précité, « ceux qui n'ayant ni père ni mère n'ont aucun moyen d'existence. » Les enfants naturels non reconnus n'ayant aux yeux de la loi, ni père ni mère, le tribunal de Vervins a pensé qu'on pouvait les faire rentrer dans cette troisième catégorie et, comme tels, a fait remettre à l'administration les enfants dont la triste situation lui était révélée.

Tout en approuvant la décision du tribunal de Vervins et le but généreux qu'il a voulu atteindre, on peut adresser certaines critiques au moyen détourné dont il s'est servi pour y arriver. Le Ministère public a le pouvoir, dans les cas prévus par la loi de 1889, de poursuivre la déchéance de la puissance paternelle ; c'est un droit que la loi lui confère expressément. Mais a-t-il le droit d'intenter une action pour faire confier un enfant à l'Assistance publique ? Nous ne le pensons pas, il n'a le droit d'intenter d'action que pour faire prononcer la déchéance, et il y aurait des inconvénients à le laisser ainsi s'arroger des pouvoirs qu'aucun texte ne lui confère. On nous répond : Le Ministère public est chargé, d'une façon générale, de protéger les mineurs ; cela est très exact, et nous n'entendons pas contester l'obligation qui lui incombe de ce chef. Mais il ne faut pas en exagérer la por-

tée; le Ministère public n'a pas de pouvoirs illimités pour agir dans l'intérêt des enfants; c'est ainsi que la majorité des auteurs s'accorde à lui refuser le droit de provoquer la réunion d'un conseil de famille; *a fortiori*, nous semble-t-il, doit-on lui refuser le droit d'agir en justice pour faire remettre un enfant à l'administration.

L'assimilation des enfants qui nous occupent, aux orphelins, n'est pas non plus à l'abri de tout reproche : « Les orphelins, dit le texte que nous avons cité, sont ceux qui n'ayant ni père ni mère n'ont aucun moyen d'existence. » Or, les enfants naturels non reconnus, mais dont les parents s'occupent, n'ont, il est vrai, ni père ni mère aux yeux de la loi; mais on ne peut pas dire qu'ils n'ont aucun moyen d'existence, puisqu'il y a précisément des personnes qui s'en occupent et que c'est contre elles qu'il faut les protéger. Aussi croyons-nous que l'administration pourrait très bien se refuser à recevoir ces enfants, et que personne ne pourrait l'y contraindre.

Nous croyons donc, contrairement au sentiment de M. Leloir (1), d'après lequel le système du tribunal d'Évreux reposerait sur une interprétation abusive de l'art. 23, que le système conseillé par la Chancellerie est encore, vu le silence regrettable de la loi, celui qui respecte le mieux les principes et les textes en même temps qu'il donne plus de garanties aux enfants.

Il nous reste à examiner l'étendue de la loi de 1889 à un autre point de vue. Cette loi a-t-elle aboli les principes, assez vagues d'ailleurs, dont s'inspiraient les tribunaux avant sa promulgation pour intervenir en faveur des enfants? Cette question se pose encore sous une autre

(1) Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 1, n° 510.

forme : la déchéance de la puissance paternelle est-elle aujourd'hui nécessairement totale ? On reconnaît bien que la déchéance organisée par la loi de 1889 est totale, mais on se demande si, à côté de cette déchéance complète, les tribunaux n'ont pas conservé le droit de prononcer la déchéance d'un quelconque des droits constitutifs de la puissance paternelle. Telle est la question soulevée par la loi nouvelle ; c'est une des plus graves qui puisse se poser à son sujet.

Un premier système prétend que le législateur de 1889 n'a nullement eu l'intention de faire table rase du passé. En effet, dit-on, la puissance paternelle a été établie dans l'intérêt de l'enfant ; il importe avant tout que les tribunaux soient appelés à contrôler les pouvoirs du père et à en réprimer les abus. Or, d'après le droit commun, tout intérêt donne lieu à une action, et la loi de 1889 n'a pas pu avoir la prétention de rompre avec ces principes. Les besoins des enfants restent toujours les mêmes ; « il y a une mesure possible dans l'appréciation des fautes des parents qui ne peuvent pas toujours avoir la même gravité. Il y a des degrés du médiocre au pire (1). » Ce serait mal protéger l'enfant que de ne pas reconnaître ces diverses graduations dans la faute, et de refuser aux tribunaux la faculté d'y apporter une sanction proportionnée. Ils hésiteront, dans bien des cas, à prononcer une peine aussi grave que celle de la déchéance totale, et avec ce système du « tout ou rien » ce sera l'enfant qui souffrira. Pour bien faire ressortir les inconvénients de ce système, on cite ce fait

(1) Testoud, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, janvier 1891.

d'un père qui, pour des motifs futiles, attachait ses enfants sur des chaises où les frappait avec des lanières, et qui pourtant, n'ayant pas été reconnu assez coupable pour être déchu complètement de la puissance paternelle, en a conservé tous les attributs, et spécialement le droit de garde (1). Voilà les résultats auxquels conduit, dit-on, une interprétation erronée de la loi de 1889, loi qui pourtant porte le titre de *loi sur la protection des enfants maltraités*, etc.

Ce que nous demandons, disent les partisans de ce système, c'est non pas une déchéance partielle, c'est le droit pour les tribunaux de limiter les pouvoirs du père de famille, sans être tenus de prononcer la déchéance : ce droit leur a toujours appartenu et peut continuer d'exister à côté de la loi de 1889 (2).

Le système adverse, au contraire, prétend que, depuis la loi de 1889, il n'est plus possible de porter atteinte à la puissance paternelle sans en prononcer la déchéance complète. Malgré l'extrême rigueur de cette opinion, c'est à elle que nous croyons devoir donner la préférence. En effet, la pratique suivie par la jurisprudence antérieure à la loi de 1889, et qu'on voudrait voir encore appliquée depuis la promulgation de cette loi, n'avait d'autre raison d'être que le silence du législateur. Aucun texte de loi, nous le savons, ne permettait de

(1) Jugement du tribunal de Toulouse, 3 juillet 1890.

(2) En ce sens : Note de M. le Procureur général Naquet, S., 91, 2, 25; — M. Bourcart., S., 91, 2, 17; — Didier, *Étude sur la loi de 1889*, p. 71 et suiv.; — Testoud, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, janvier 1891; — Charmont, *Revue critique*, t. XX, 1891, p. 518; — Vingtain, *Des restrictions et déchéance de la puissance paternelle*.

porter atteinte à la puissance paternelle ; il fallait pourtant bien protéger l'enfant quand cela était nécessaire. C'est dans ces conditions que la jurisprudence, toujours féconde en expédients (et souvent à bon droit, quand il s'agit de combler les lacunes de la loi), se basait, pour justifier son intervention en faveur des enfants, sur des considérations tirées de la morale et de l'ordre public ; ou alléguait que les tribunaux étaient les protecteurs désignés de l'enfance, que la puissance paternelle était établie dans l'intérêt des mineurs, etc. La situation est bien exprimée par M. Demolombe quand il dit, résumant les difficultés auxquelles donnait lieu cette question et approuvant la solution qu'y donnait la jurisprudence : « Nous ferons comme nous pourrons, mais il faut nécessairement que nous en venions là. »

Ce point de départ étant bien établi, il semble évident que la jurisprudence, qui n'avait d'autre base (si l'on peut s'exprimer ainsi) que l'absence de texte, doit être aujourd'hui abandonnée, puisque la question a été traitée par le législateur et résolue d'une façon différente de la pratique antérieure. D'après la loi de 1889, la déchéance doit être complète, absolue ou ne pas être. A l'exception de l'art. 335 du Code Pénal et de la loi de 1874 ; cette loi de 1889 est, en effet, le seul texte permettant de toucher à la puissance paternelle ; or, quand elle permet d'y porter atteinte, c'est pour le tout. Quand les tribunaux interviendront désormais, ce ne pourra être qu'en vertu de cette loi ; c'est à elle donc et à elle seule qu'on doit se référer pour savoir dans quels cas, dans quelles conditions, de quelle manière on peut priver un père de famille de ses droits. Cela suffit à condamner désormais la pratique antérieurement suivie.

Et qu'on n'objecte pas que la loi de 1889 n'a pas abrogé les principes qui la précédaient; que, dès lors, rien n'est changé. La loi de 1889 n'avait rien à abroger; on n'abroge pas une jurisprudence, on abroge un texte de loi; or, il n'y en avait pas. Le législateur n'avait pas à abroger non plus les principes généraux dont s'inspirait la jurisprudence; ces principes ont leur raison d'être dans notre législation, et c'est seulement d'une façon très vague que les tribunaux pouvaient les invoquer pour justifier leur décision.

Qu'on ne dise pas non plus que les enfants ont besoin d'être protégés, qu'ils ont intérêt à faire contrôler par les tribunaux la façon dont leurs parents usent de la puissance paternelle, et que tout intérêt donne matière à une action. Cette façon de raisonner était bonne avant la loi de 1889 et pouvait servir d'argument en faveur des efforts que faisait la jurisprudence pour suppléer au silence de nos codes. Mais c'est précisément parce que le législateur a reconnu que l'enfant avait besoin d'être protégé qu'il a promulgué la loi du 24 juillet 1889, et, comme le dit M. Leloir, si le principe que tout intérêt donne matière à une action était applicable à la puissance paternelle, « il n'y aurait pas une seule des prérogatives de cette puissance qui ne pût être mise en question relativement à chacun des actes de son exercice, pas une seule décision du père de famille qui ne pût donner lieu à une contestation judiciaire dans l'intérêt, bien entendu, de l'enfant (1). »

Nos adversaires affirment encore qu'ils ne demandent pas une déchéance partielle, mais un contrôle des droits

(1) Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 1, p. 413.

du père aboutissant à une limitation de ses pouvoirs. N'est-ce pas jouer sur les mots que de parler ainsi? car ce sera bien une déchéance partielle qu'un contrôle exercé sur les actes du père de famille et aboutissant à lui enlever le droit de garde, par exemple. Or, en outre du texte même de la loi, les travaux préparatoires indiquent de la façon la plus claire la volonté de repousser le système de la déchéance partielle. Nous ne nous appuyerons pas, pour le démontrer, sur les paroles de M. Courcelle-Seneuil disant que le législateur n'a pas compris qu'on pût être père pour partie. On a répondu avec raison à cet argument que la divisibilité des droits constitutifs de la puissance paternelle pouvait parfaitement se comprendre et que la loi de 1889 elle-même en offrait un exemple (art. 20). Mais nous rappellerons que, au moment de la discussion de la loi, M. Boreau-Lajnadie a essayé de faire passer le système de la déchéance partielle; l'amendement qu'il déposa en ce sens fut rejeté, et ce vote de la Chambre montre bien quel est le système qu'a voulu consacrer la loi.

Enfin, nos adversaires disent que la loi de 1889, entendue comme nous le faisons, se retourne contre les enfants que le législateur a voulu protéger. Cette objection nous paraît dénuée de fondement, car la loi de 1889 permet de prononcer la déchéance, en dehors de toute condamnation, dans les cas où la santé, la sécurité, la moralité des enfants sont en danger. Ces expressions sont assez larges, il nous semble, pour viser toutes les hypothèses où, avant la loi de 1889, un tribunal aurait enlevé à un père de famille un des droits constitutifs de la puissance paternelle, le droit de garde par exemple. La loi de 1889 n'a donc pas restreint les pouvoirs des tribunaux;

elle les a réglementés, voilà tout. Si un tribunal, par exemple, comme l'a fait celui de Toulouse dans le jugement que nous avons cité, décide que les faits reprochés au père de famille ne constituent pas des mauvais traitements, qu'ils sont simplement un système d'éducation, mauvais assurément, mais qu'ils ne sont que cela, il semble que, même avant la loi de 1889, un tribunal n'aurait pas pu, en pareil cas, enlever le droit de garde au père de famille. La situation des enfants est donc la même, depuis la loi de 1889, qu'auparavant, au point de vue de la protection de l'enfance. Et, si les faits qu'avait à apprécier le tribunal de Toulouse avaient été autre chose qu'un système d'éducation vicieux, ils seraient rentrés dans la catégorie des mauvais traitements prévus par l'art. 2 (alinéa 6). C'est là une question de fait que le tribunal avait à trancher, et on ne saurait tirer un argument de la manière dont il a cru devoir le faire.

D'ailleurs, cette loi fût-elle moins avantageuse que la jurisprudence antérieure pour l'enfance, que nous dirions avec M. Leloir (1) : « C'est une question de droit positif que nous discutons en ce moment, et nous ne pouvons pas tenter de la résoudre avec des considérations d'intérêt privé ni même d'intérêt général ; c'est seulement avec des raisons de droit pur que nous pouvons entreprendre cette œuvre. » L'argument donc ne porte pas : *dura lex* si l'on veut, *sed lex* (2).

(1) Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 1, p. 410.

(2) En ce sens : Leloir, *Code de la puissance paternelle*, p. 420, t. 1 ; — Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle et protection des enfants recueillis avec ou sans l'intervention des parents*, n° 28 ; — de Loynes, D. 1891, 2, 73 ; D. 1890, 2, 25 ; — Baudry-Lacantinerie, *Cours*

Mais il ne faut pas exagérer la portée que nous donnons à ce système du « tout ou rien », comme on l'a nommé. Nous prétendons qu'on ne peut enlever seul et *principalement* un des droits constitutifs de la puissance paternelle. Mais cette manière de voir n'enlève pas aux tribunaux le droit de réglementer l'exercice de la puissance paternelle. Les tribunaux ont parfaitement le pouvoir après la loi de 1889, comme ils l'avaient avant, de dire, par exemple, qu'un enfant sera mené chez ses grands-parents à des jours fixés et pendant un laps de temps déterminé. Quand un père de famille se refuse à accomplir ce devoir en s'appuyant sur ce qu'il a seul l'exercice de la puissance paternelle, et qu'une décision judiciaire le condamne ainsi, malgré sa volonté, à envoyer son enfant chez les parents de sa femme, il ne faut pas dire que c'est là une déchéance partielle sous prétexte que ce n'est plus l'exercice complet de la puissance paternelle.

La puissance paternelle n'est pas atteinte, en effet, par cette décision; elle reste dans son intégrité au père de famille; les juges n'ont fait que donner satisfaction aux droits des grands-parents, alors qu'il y avait conflit entre ces droits et ceux du père de famille. Ce ne sont pas les droits du père vis-à-vis de l'enfant qui sont diminués, et c'est pour cela que la puissance paternelle reste complète, qu'il n'y a pas, par conséquent, de déchéance partielle; ce sont les droits des tiers vis-à-vis du père qui sont réglés par les tribunaux. La question est donc complètement différente de celle de la déchéance, et les tribu-

naux qui ont rendu de nombreuses décisions en ce sens, pour sanctionner les droits des grands-parents coexistant avec ceux du père, ne sont pas mis pour cela en contradiction avec le système que nous avons adopté.

CHAPITRE II

De l'organisation de la tutelle en cas de déchéance

Lorsqu'un père de famille a été déchu des droits constitutifs de la puissance paternelle et que le tribunal n'a pas cru devoir les attribuer à la mère, il faut nécessairement organiser une tutelle dans l'intérêt de l'enfant. En l'absence de règles spéciales, il eût fallu se reporter aux dispositions du Code Civil en matière de tutelle. Mais la loi de 1889, dans les art. 10, 11, 12, 13, 14 qui constituent son chapitre II s'est occupée spécialement de cette question.

Cette tutelle, remarquons-le tout d'abord, ne sera pas conférée par le conseil de famille; c'est le tribunal qui doit désigner le tuteur chargé de l'enfant. Le tribunal le fera au moment où il prononcera la peine de la déchéance, ou, s'il n'a pas alors les éléments nécessaires pour statuer, il le fera plus tard après une instance spéciale. La tutelle peut être déférée à un tuteur désigné d'après les règles établies par le Code Civil, ou à un étranger comme tuteur officieux, ou enfin à l'Assistance publique.

La première condition pour qu'il y ait lieu à l'une de ces trois tutelles, c'est que l'exercice de la puissance paternelle enlevé au père n'ait pas été, par le tribunal, transféré à la mère. D'après les principes généraux, en cas de déchéance du père de famille, la puissance paternelle

devait revenir de plein droit à la mère ; cette règle, du reste, était suivie en cas de déchéance encourue par suite d'une condamnation prévue par l'art. 335 du Code Pénal. La loi de 1889 a rompu avec ces anciens principes. L'art. 9, en effet, dit que, en cas de déchéance de plein droit encourue par le père, le tribunal civil doit être saisi pour décider si, dans l'intérêt de l'enfant, la mère exercera les droits de la puissance paternelle. Si la sentence est favorable à la mère, et, en tout cas, en attendant la décision à intervenir, c'est la mère qui exercera la puissance paternelle. L'art. 9 dit bien que le tribunal doit décider si la mère exercera les droits de la puissance paternelle. Mais comme, d'après le droit commun, c'est elle qui, en cas d'impossibilité du père (pour une cause quelconque), est investie de la puissance paternelle, nous croyons que la décision du tribunal ne pourra qu'enlever ces droits à la mère, si, pour des raisons qu'il appréciera, il croit devoir confier la tutelle à des tiers. Mais tant que ces droits ne lui sont pas enlevés, la mère les exercera. Nous avons vu que cette disposition de la loi fut très critiquée, et qu'il avait fallu des considérations de fait très puissantes (cohabitation des deux époux) pour déterminer le législateur à édicter une semblable règle. Mais supposons qu'un père de famille soit frappé de la déchéance ; le tribunal décide que la mère n'exercera pas la puissance paternelle. Puis le père meurt avant que l'enfant ait atteint sa majorité. La mère sera-t-elle investie de plein droit de la puissance paternelle ? La règle générale du Code Civil, qui non seulement le permet, mais l'ordonne, recevra-t-elle son application ? Le danger que pouvait craindre le législateur a disparu, en effet ; la cohabitation des époux ne sera plus possible, et

l'enfant ne pourra plus ainsi retomber sous la mauvaise influence dont on a voulu le garantir. Malgré ces raisons, nous ne croyons pas que la mère soit investie de la puissance paternelle. Elle l'a été un moment, après la déchéance du père, quand cette peine a été prononcée contre lui; puis le tribunal lui a enlevé l'exercice de la puissance paternelle et a dû constituer une tutelle. Nous ne pensons pas que la mort du père ait eu pour conséquence de dépouiller le tuteur d'une partie de ses attributs, et d'investir une seconde fois la mère de la puissance paternelle.

Supposons donc que le tribunal n'ait pas jugé à propos de conférer à la mère l'exercice des droits enlevés au père; il y a lieu alors à la tutelle.

SECTION I

TUTELLE ORDINAIRE

L'art. 40 dit que : « le tribunal décide si la tutelle sera constituée dans les termes du droit commun. » Lorsque le tribunal estime qu'il y a dans la famille du mineur un parent offrant assez de garanties pour pouvoir être investi des fonctions de tuteur, ce sera le cas d'organiser la tutelle ordinaire. On ne peut que féliciter le législateur d'avoir introduit cette disposition; elle permettra, en effet, de laisser le mineur sous la direction des membres de sa famille, ce qui est toujours la solution la meilleure lorsqu'il est possible de l'admettre. En pareil cas donc, le conseil de famille du mineur, constitué

d'après les règles du droit commun, se réunira et procédera à la nomination du tuteur.

D'après les règles du Code Civil sur l'organisation des tutelles, un tuteur ainsi désigné est obligé d'accepter la charge qui lui est confiée, quand il ne peut invoquer une des excuses spécialement prévues par la loi. Le législateur de 1889 a apporté une exception à cette règle ; l'art. 40 dit *in fine* qu'il n'y a pas obligation pour la personne désignée d'accepter cette charge. Toute tutelle, en effet, est une charge, et on a reculé devant cette extension du principe de la tutelle obligatoire. La tutelle d'un enfant dont le père est frappé de déchéance sera, d'ailleurs, généralement plus lourde que celle d'un enfant orphelin. Le tuteur peut avoir à lutter contre les influences du père de famille déchu qui tentera peut-être de se rapprocher de son enfant ; enfin, le mineur peut avoir reçu une éducation vicieuse (quand la déchéance a été prononcée, par exemple, pour excitation de mineurs à la débauche) et avoir contracté déjà des habitudes qui rendront la tâche du tuteur fort délicate. Une personne, n'acceptant la tutelle qu'à contre-cœur et parce qu'elle y serait contrainte, n'eût peut-être pas apporté tout le dévouement nécessaire à l'accomplissement de la tâche qui lui incomberait, et il est préférable qu'on ait la possibilité de refuser.

Une autre dérogation aux principes généraux est celle-ci : les tuteurs ainsi nommés rempliront leurs fonctions sans que leurs biens soient grevés d'hypothèques. En rendant la charge moins onéreuse, on a espéré trouver plus facilement des parents ou des amis consentant à l'accepter. Du reste, il arrivera rarement que le pupille ait des biens personnels pendant la vie de ses

parents ; cependant il peut en avoir, en tout cas, il est souvent appelé à en recueillir ; aussi la loi permet-elle au tribunal d'ordonner la constitution d'une hypothèque. Mais, remarquons-le, cette hypothèque offrira pour le tuteur bien moins d'inconvénients que l'hypothèque légale exigée par le Code Civil ; l'hypothèque de la loi de 1889, en effet, peut n'être que spéciale, et même quand elle sera générale, car la loi permet de l'établir ainsi, elle sera toujours spéciale, suivant les expressions de M. Leloir (1), quant au chiffre des reprises qu'elle garantit, car l'art. 10 dit qu'elle sera constituée jusqu'à concurrence d'une somme déterminée.

A part les deux règles particulières que nous venons d'indiquer, toutes les règles du Code Civil, en matière de tutelle, se retrouvent ici. Le tuteur est donc investi des droits de garde, d'éducation, de correction, etc., qui appartenaient précédemment au père de famille ; pour tout cela, la tutelle est constituée, selon les expressions de la loi, « dans les termes du droit commun. »

SECTION II

TUTELLE OFFICIEUSE

Le tuteur officieux sera lui aussi, en cette matière, désigné par le tribunal. Dans les projets primitifs, l'individu qui désirait acquérir la tutelle officieuse sur un enfant abandonné adressait sa demande au préfet, et c'était ce fonctionnaire qui l'admettait ou la rejetait.

(1) Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 1, p. 437.

Mais avec la loi en vigueur, c'est le tribunal et lui seul qui est chargé de remplir cette mission. Cette différence s'explique par la diversité du but que poursuivait le projet du Sénat et de celui qu'a atteint la loi de 1889. Le projet primitif était, on le sait, beaucoup plus important que ne l'est la loi dont nous nous occupons. Les auteurs de ce projet voulaient protéger un bien plus grand nombre d'enfants et viser des cas que le législateur de 1889 a laissés de côté. Partant de ce point de vue, le projet décidait que le tribunal correctionnel pouvait, dans tous les cas où il le jugeait utile aux intérêts de l'enfant, confier immédiatement et d'une façon provisoire le droit de garde à une personne quelconque disposée à accepter cette charge, sauf à cette personne à s'adresser ensuite à l'administration pour faire régulariser sa situation.

La loi de 1889, au contraire, ne permet de déférer le droit de garde qu'après que la déchéance a été prononcée ; il ne s'agit plus seulement de pourvoir immédiatement à la protection de l'enfant, il faut organiser la tutelle ; c'est à la justice, à défaut de la famille, que devait revenir ce soin.

Telle est la première forme sous laquelle peut être organisée la tutelle officieuse ; toute personne qui s'intéressera à l'enfant et voudra pourvoir à son sort peut, au cours de l'instance en déchéance, adresser une requête au Président du tribunal et demander qu'on lui remette l'enfant. Le tribunal examine quelles sont les garanties de moralité offertes par le requérant et statue immédiatement, s'il a les éléments nécessaires pour le faire ; la tutelle officieuse peut, dans ces conditions, être organisée par un tribunal répressif ou par un tribunal civil.

Le dernier paragraphe de l'art. 13 fait connaître quel est le second cas où peut être organisée la tutelle officieuse. Lorsqu'un enfant est confié à l'Assistance publique ou à l'une des sociétés hospitalières qui sont autorisées par la loi, et qu'il est, par elles, placé chez un particulier, celui-ci peut, au bout de trois ans, s'adresser au tribunal et demander que l'enfant lui demeure confié : « dans les conditions prévues aux dispositions qui précèdent » (Art. 13 *in fine*). Le législateur n'a permis la demande qu'au bout de trois ans, afin que ce ne soit pas un caprice passager qui pousse le tiers à demander la tutelle officieuse.

C'est, en effet, une décision très grave que prend celui qui demande à être nommé tuteur officieux. Il doit contracter un véritable engagement : « Il doit déclarer, dit l'art. 13, qu'il se soumet aux obligations prévues par le § 2 de l'art. 364 du Code Civil, » c'est-à-dire qu'il s'engage à nourrir le pupille, à l'élever, à le mettre en état de gagner sa vie. Ce sont là des charges très lourdes qu'il assume; tandis que le tuteur ordinaire, n'étant pas tenu, lui, d'accepter la tutelle, peut, ainsi que le remarque M. Nillus (1), s'en démettre dans la suite, même après l'avoir acceptée. Contrairement encore à ce qui a lieu en matière de tutelle ordinaire, le tuteur officieux devra régler les dépenses du pupille sur sa fortune personnelle. Le tuteur ordinaire, si l'enfant a des biens, fera régler par le conseil de famille, conformément aux règles générales, la façon dont sera élevé l'enfant et le montant des dépenses qui devront être faites dans ce but; ces frais d'éduca-

(1) Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle et protection des enfants recueillis avec ou sans l'intervention des parents*, n° 133.

tion seront pris sur la fortune du mineur. Quand la tutelle est déferée à l'Assistance publique, l'art. 12 dit que le tribunal fixera le montant de la pension qui devra être payée par les père et mère : on n'a pas voulu, en effet, que l'indignité des parents fût une raison pour qu'ils fussent déchargés des frais qu'entraînent l'éducation et l'entretien des enfants ; leur situation de fortune doit toujours être examinée ; et le tribunal décidera, d'après les circonstances, s'ils doivent ou non être affranchis de toute contribution pécuniaire. Le tuteur officieux est donc, en somme, le seul qui doit subvenir aux dépenses du pupille ; l'art. 12, en effet, ne peut s'appliquer à lui. La place de cet article prouve assez que ses dispositions sont applicables à la tutelle de droit commun et à celle de l'Assistance publique, mais non à la tutelle officieuse qui est organisée par l'article suivant. Du reste, l'art. 13 dit expressément que l'art. 365 du Code Civil est applicable à notre matière. Or, cet article dispose que le tuteur officieux ne peut imputer les dépenses de l'éducation sur les revenus du pupille. Mais remarquons que, à la différence du droit commun, il n'est donné au pupille aucun recours contre son tuteur officieux si celui-ci n'a pas rempli ses obligations. La disposition de l'art. 369 du Code Civil est, en effet, trop spéciale et trop rigoureuse pour pouvoir être appliquée sans une référence expresse ; le législateur de 1889 ne veut pas adopter toutes les règles du Code Civil en ce qui concerne la tutelle officieuse. C'est ainsi qu'il prend soin de viser spécialement les dispositions des art. 365 et 370 du Code Civil ; ce qui prouve bien son intention de rejeter les autres. Cette réserve, du reste, se comprend fort bien : « la tutelle officieuse de

l'art. 13, dit M. Leloir (1), diffère par son objet de celle du Code Civil ; celle-ci n'était qu'un préliminaire de l'adoption ; la tutelle officieuse de la loi de 1889 a été instituée dans un but tout différent. » Ainsi, il n'est pas nécessaire que le tiers qui veut se faire nommer tuteur officieux soit âgé de plus de cinquante ans, et qu'il n'ait ni enfants ni descendants légitimes. Comme le dit M. Courcelle-Seneuil, la loi s'est servie des mots « tutelle officieuse », parce que c'était là un nom ancien et connu ; mais il ne faut pas en induire que les règles sont les mêmes ; le chapitre II du titre 8, loi 1.^{re} du Code Civil, édicte, en vue d'une hypothèse déterminée, des règles spéciales qui ne peuvent être étendues. Ainsi encore, nous n'admettons pas qu'un tuteur officieux nommé par application de l'art. 13 de la loi de 1889 puisse adopter son pupille par acte testamentaire, comme le permet l'art. 366 du Code Civil (2).

Il est bien vrai que la tutelle officieuse est organisée dans l'intérêt de l'enfant ; que l'esprit de la loi de 1889 est de protéger l'enfance et de faciliter les mesures nécessaires à atteindre ce but ; mais ces raisons ne nous semblent pas assez fortes pour entraîner l'extension d'une disposition aussi exceptionnelle que l'art. 366 du Code Civil.

Quels sont les droits qui sont conférés au tuteur dont parle l'art. 13 ? En général, ils seront plus étendus que ceux qui sont conférés au tuteur officieux du Code Civil. En effet, la tutelle de la loi de 1889 n'étant rendue né-

(1) Leloir, *Code de la puissance paternelle*, n° 567.

(2) *Contra*, *Supplément* au recueil alphabétique de Dalloz, t. 1 (au mot *Puissance paternelle*).

cessaire que par la déchéance des parents, ceux-ci n'auront pas l'usufruit légal, la déchéance étant totale. Quant aux droits de correction, de consentement au mariage, d'émancipation, etc., M. Leloir distingue suivant que la tutelle a été constituée au cours de la procédure de déchéance d'après le § 5 de l'art. 13 (à la charge du tiers chez lequel l'enfant a été placé). Dans le premier cas, le tuteur officieux remplace le tuteur ordinaire et doit être investi des mêmes droits que lui; mais, comme à côté du tuteur ordinaire, nous trouvons ici un conseil de famille qui devra être consulté chaque fois que le Code Civil l'ordonne en matière de tutelle. S'agit-il, au contraire, du particulier obtenant au bout de trois ans la tutelle officieuse sur l'enfant placé chez lui? L'étendue des attributions de cette personne dépend des droits qu'avait l'Assistance publique ou la société particulière sur l'enfant qu'elle a placé. Si le mineur a été confié à ces personnes morales, à la suite d'une condamnation prononçant la déchéance, nous rentrons dans le premier cas; l'Assistance publique ou les sociétés particulières ayant alors le plein exercice de la puissance paternelle, le tuteur officieux peut être investi des mêmes droits. Si, au contraire, l'enfant a été placé par ses parents sans qu'aucune condamnation ait été prononcée contre eux, ils ont pu se réserver certains droits qui ne seront pas dévolus, par conséquent, au tuteur officieux.

SECTION III

TUTELLE DE L'ASSISTANCE PUBLIQUE

Malgré les mesures de faveur, à l'aide desquelles le

législateur de 1889 encourage la tutelle individuelle, il arrivera le plus souvent qu'aucune personne ne consentira à se charger des enfants maltraités ou abandonnés. Ceux-ci seront alors recueillis par l'Assistance publique. Nous n'avons à nous occuper ici de l'Assistance publique qu'en tant que société investie de la tutelle, nullement en tant que société organisée pour recevoir les enfants abandonnés; ce second point de vue est l'objet du tit. 2 de la loi. Nous allons donc, en ce moment, examiner simplement quels sont les droits conférés à l'Assistance publique sur les enfants dont elle a la tutelle.

Tout d'abord nous remarquerons que les enfants assistés et les enfants moralement abandonnés auront, dans les départements, une tutelle organisée d'une façon différente. Les enfants moralement abandonnés sont recueillis par l'État d'une façon plus large, en quelque sorte et plus complète; le service de ces enfants est centralisé au Ministère de l'Intérieur qui a pour organes les inspecteurs départementaux des enfants assistés; les enfants moralement abandonnés sont véritablement les pupilles de l'État. Les enfants assistés ont, au contraire, en province, un conseil de famille qui est la commission administrative de l'hospice qui les a recueillis. Cette commission désigne un de ses membres qui exercera vis-à-vis des enfants la charge de tuteur (loi du 15 pluviôse an XIII). A Paris, cette distinction entre les enfants assistés et les enfants moralement abandonnés n'existe pas; les enfants recueillis, quelle que soit la catégorie dans laquelle ils sont rangés, ont tous le même tuteur qui est le directeur de l'Assistance publique. Remarquons encore que la tutelle de l'Assistance publique est de droit; lorsque, par exemple, la déchéance de la puis-

sance paternelle a été prononcée contre les père et mère d'un enfant et que le tribunal n'a pas statué immédiatement sur l'organisation de la tutelle, l'enfant passe de plein droit sous la tutelle de l'Assistance publique. Toutefois, en ce cas, l'Administration n'a que des droits provisoires qui peuvent disparaître par la suite, si le tribunal, statuant sur la tutelle, ne la défère pas à l'Assistance publique (1).

L'Assistance publique, quand elle est tutrice, a les mêmes droits qu'un particulier tuteur. Le droit de garde n'implique pas pour elle nécessairement l'obligation de retenir les enfants dans les établissements qui lui appartiennent. Il arrive, au contraire (et c'est cela qui peut donner naissance à la tutelle officieuse), que ces mineurs sont placés à la campagne ou chez des patrons qui doivent, en même temps que les nourrir, leur inculquer les éléments d'un métier nécessaire à leur subsistance. Mais, remarquons-le, bien que les enfants soient ainsi placés chez des particuliers pendant de longues années, c'est l'Assistance publique qui reste toujours investie du droit de garde, c'est elle, par conséquent, qui interviendra pour faire rentrer les enfants chez ceux à qui elle les a confiés, s'ils viennent à s'éloigner. C'est elle qui donnera l'autorisation nécessaire aux mineurs qui voudront contracter un engagement dans les armées de terre et de mer (2). Enfin, les représentants de l'Assistance publique qui jouent le rôle de tuteurs auprès de ces enfants pourront user du droit de correction qui est accordé aux parents et tuteurs par le Code Civil.

(1) *Sic*, Dalloz, *Supplément*, *loc. cit.*

(2) *Sic*, Leloir, *Code de la puissance paternelle*, n° 609.

En un mot, le principe est que « l'Assistance publique a, de plein droit, dès que la décision de déchéance est passée en force de chose jugée, la dévolution et l'exercice de tous les droits de puissance paternelle et de tutelle, sauf de ceux réservés par l'art. 14 à la femme vivante non déchue, et à son défaut aux ascendants (1). » L'art. 14 de la loi de 1889, qui reçoit ici comme dans les autres tutelles son application, limite les pouvoirs de l'Assistance publique; il décide, en effet, que les droits des parents, « quant au consentement au mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse et à l'émancipation, sont exercés par les mêmes personnes que si le père et la mère étaient décédés, sauf les cas où il aura été décidé autrement en vertu de la présente loi. »

(1) Blanc, *Les enfants maltraités ou moralement abandonnés*, p. 79.

CHAPITRE III

De la restitution de la puissance paternelle

Les art. 15 et 16 qui forment le chapitre III de la loi de 1889 s'occupent de la restitution de la puissance paternelle. Le législateur a considéré, comme le dit M. Courcelle-Seneuil dans son rapport, que « le coupable le plus endurci peut se repentir, le plus mauvais peut devenir bon » ; que « le plus mauvais père est toujours un père attaché à ses enfants par la nature, auquel on ne peut refuser la possibilité de reprendre ses droits s'il prouve qu'il en est digne. » C'est pourquoi la loi de 1889 a admis le principe de la restitution de la puissance paternelle, qui peut être un puissant stimulant pour encourager les parents déchus à rentrer dans la voie du bien. Les conditions auxquelles il l'a subordonnée varient suivant qu'il s'agit d'individus déchus à la suite de condamnations ou de parents contre lesquels la déchéance a été prononcée en vertu du § 6 de l'art. 2. Dans le premier cas, la loi de 1889 exige que le condamné ait d'abord été réhabilité. Or, d'après l'art. 621 modifié du Code d'Instruction Criminelle, le condamné à une peine afflictive et infamante ne peut être admis à demander sa réhabilitation, s'il n'a résidé pendant cinq années dans le même arrondissement (les deux dernières dans la même commune) ; le condamné à une peine correctionnelle ne peut également introduire sa demande en réhabilitation qu'après un délai de trois ans. Ce délai court, dit M. Faustin Hélie, à compter du jour de la libération

des condamnés (1); ce qui reporte, par conséquent, la demande en restitution de la puissance paternelle à un temps relativement éloigné du jour de la condamnation et qui variera, non seulement avec la nature de la peine encourue, mais encore avec la durée de celle-ci. M. Faustin Hélie continue par ces paroles qui sont applicables en notre matière plus qu'en toute autre encore, puisqu'il s'agit, non seulement ici de la réhabilitation, mais encore, comme conséquence possible, de la restitution de la puissance paternelle. « La loi a voulu que la vie des condamnés, pendant ce laps de temps, fût ouverte à tous les regards et pût être soumise à un contrôle efficace; elle a voulu qu'une longue résidence fût le gage d'habitudes contractées et de moyens certains d'existence. »

Quand la déchéance a été prononcée en l'absence de toute condamnation, par application du § 6 de l'art. 2, le législateur de 1889 a imposé aux parents déchus un temps d'épreuve qu'il a fixé à trois ans, avant l'expiration duquel ils ne peuvent demander la restitution de la puissance paternelle. Cette disposition a été vivement attaquée à la Chambre, au moment du vote de la loi, par M. Cazeaux qui exposa la situation faite à un individu déchu de la puissance paternelle, et qui contracte une nouvelle union avant que le délai exigé pour qu'il pût demander la restitution de ses droits ne fût écoulé : « Voici un homme qui se remarie, disait M. Cazeaux; il devient un homme nouveau; il crée une seconde famille. Vous ne lui interdisez pas le mariage; que faites-vous donc si vous ne lui donnez aucun des droits qui découlent de la puissance paternelle? » Et l'orateur disait en ré-

(1) Faustin Hélie, *Traité d'instruction criminelle*, t. 8, p. 594.

pendant à une interruption : « Soyez logiques, Messieurs, défendez-lui le mariage. » On attaqua également le délai de trois ans fixé par la loi, en comparant la situation d'un individu déchu à celle d'une personne pourvue d'un conseil judiciaire. « Est-ce que le législateur, demandait-on, a jamais eu l'étrange idée de dire : Il ne pourra demander la levée de son conseil judiciaire et être restitué dans l'intégrité de ses droits qu'après six mois ou après trois ans. » Mais, ainsi que l'a fait justement remarquer M. Floquet, la situation n'est pas la même; le conseil judiciaire est une mesure de protection; la déchéance de la puissance paternelle est une peine. Nous comprenons donc fort bien que le législateur ait fixé un délai pendant lequel l'individu déchu doit donner des gages d'amélioration morale; la preuve ne pourrait être suffisamment faite, si le délai fixé était inférieur à trois ans. Comme l'a dit le rapporteur de la loi, c'est un minimum, car, dans notre hypothèse, la déchéance aura été prononcée pour ivrognerie habituelle, pour conduite notoire et scandaleuse, pour mauvais traitements. Or, les deux premières de ces causes, étant donné le caractère d'habitude qu'elles exigent, dénotent des vices tellement invétérés qu'on ne pouvait guère demander moins de trois ans d'amendement pour être bien sûr de la conversion complète. D'autre part, le troisième cas permettant de prononcer la déchéance (mauvais traitements) révèle une telle absence d'amour paternel que nous ne savons même si un délai de trois ans de vie sans reproche est une garantie suffisante pour que les tribunaux puissent ordonner la restitution de la puissance paternelle. En tout cas, ils ne seront jamais obligés de le faire; ils ont, au contraire, un pouvoir d'apprécia-

tion qui leur permet d'accueillir favorablement ou de rejeter la requête introduite.

Nous comprenons donc facilement que la Chambre ait repoussé l'amendement de M. Cazeaux qui tendait à la suppression pure et simple de ces mots : « L'action ne peut être introduite que trois ans après le jour où le jugement qui a prononcé la déchéance est devenu irrévocable. » Nous trouvons bien plus critiquable le dernier aliéna de l'art. 16 ainsi conçu : « La demande qui aura été rejetée ne pourra plus être réintroduite, si ce n'est par la mère après la dissolution du mariage. » On a invoqué, pour justifier cette disposition, l'intérêt qu'avait l'enfant à voir son sort fixé d'une façon définitive; on a fait ressortir les troubles, les inconvénients de toutes sortes qui pourraient surgir si la situation de l'enfant était trop souvent mise en question. Quelle que soit la gravité de ces raisons, il nous semble excessivement dur de ne permettre aux parents déchus qu'une seule tentative de restitution de la puissance paternelle. Sans admettre qu'ils eussent pu, autant de fois et aussi souvent qu'ils l'auraient voulu, intenter une nouvelle demande de restitution, nous pensons qu'on aurait pu les autoriser à renouveler cette demande au bout d'un certain laps de temps pendant lequel ils se seraient efforcés de fournir de nouveaux gages de repentir. Nous regrettons donc la suppression qui a été faite, sur les observations du Conseil d'État, de la faculté qu'accordait le projet de loi aux parents d'introduire une seconde et dernière fois une demande de restitution, deux ans après que la première aurait été rejetée. Le principal reproche adressé (non sans fondement, il faut le reconnaître) à la loi de 1889 est celui d'avoir touché d'une main bien hardie à la

puissance du père de famille. Les avertissements n'ont pourtant pas manqué à ce sujet au législateur ; et il eût dû, au moins comme tempérament à ses innovations quelquefois bien téméraires, faciliter plus qu'il ne l'a fait les demandes de restitution ; le fait de ne les avoir autorisées qu'une fois nous paraît excessif.

Si nous envisageons maintenant la procédure à suivre pour intenter une demande en restitution, la première question qui se pose est la suivante. Quel sera le tribunal devant lequel la demande devra être introduite ? Nous pensons que, conformément à la règle générale posée par l'art. 3 de la loi de 1889, la demande devra être portée devant le tribunal du domicile de l'ascendant déchu. Un premier argument en faveur de cette solution nous est fourni par la procédure suivie en matière de réhabilitation. D'après l'art. 622 du Code d'Instruction Criminelle, la demande en réhabilitation est adressée au Procureur de la République de l'arrondissement où est domicilié le condamné. Or, la restitution de la puissance paternelle n'est autre chose qu'une espèce de réhabilitation ; la loi de 1889 elle-même établit une relation entre les deux hypothèses. Si le Code d'Instruction Criminelle exige que la demande en réhabilitation soit portée au parquet du domicile de celui qui la réclame, c'est évidemment parce que là, mieux que partout ailleurs, on sera à même d'obtenir des renseignements nombreux et exacts sur la moralité actuelle du requérant. Or, ces raisons se retrouvent en matière de restitution de la puissance paternelle ; elles nous paraissent même ici avoir beaucoup plus de poids, car, en cette matière spéciale, il s'agit non pas seulement d'avoir des renseignements sur la conduite générale du condamné, il importe d'être

éclairé sur un point particulier, sur la question de savoir de quelle façon l'ascendant déchu se comportera vraisemblablement à l'avenir vis-à-vis de ses enfants, s'il est véritablement corrigé du vice qui a fait prononcer contre lui la déchéance. On ne pourra vérifier ce point qu'à l'aide de recherches sérieuses et difficiles; et le tribunal du domicile de l'ascendant déchu nous paraît être le seul qui soit véritablement placé pour savoir quelle est actuellement la valeur morale de cet individu.

Le système qu'admet M. Leloir, et d'après lequel le tribunal compétent est celui de la tutelle, aboutit, au contraire, dans bien des cas à faire juges de cette question délicate des tribunaux fort éloignés du domicile de l'ascendant. Il peut arriver, en effet, que l'enfant soit confié à l'Assistance publique et ait comme tuteur le directeur de ce service; l'ascendant déchu peut habiter un endroit fort éloigné de Paris où sera alors portée l'affaire. Quelles difficultés n'éprouvera pas dans ces conditions le tribunal de la Seine pour recueillir des renseignements circonstanciés sur la valeur morale de l'ascendant! M. Leloir s'appuie, pour admettre ce système, sur l'intérêt de l'enfant. Il reconnaît la puissance des arguments qui militent en faveur du système que nous avons exposé plus haut, mais il prétend que ce raisonnement a le tort de s'attacher trop à un seul côté de la question et de s'occuper surtout de l'amendement du condamné, sans se soucier de l'intérêt de l'enfant. Il nous semble que l'un des points de vue n'est que la conséquence de l'autre, et que l'intérêt de l'enfant est tout d'abord de savoir si l'ascendant auquel il est question de le remettre est digne de cette faveur. Le tuteur pourra présenter ses observations aussi bien devant le tribunal du domicile du père que devant celui

de son propre domicile. Quant à la règle générale d'après laquelle toute instance doit être engagée devant le domicile du défendeur, elle nous semble abandonnée par l'art. 3 de la loi de 1889. Le tuteur, d'ailleurs, n'est pas assigné comme défendeur dès le début de l'instance ; la procédure est moins celle d'un procès contentieux dirigé contre des intérêts opposés qu'une demande de réintégration dans ses droits, introduite par un incapable. Bien plus, on discute la question de savoir si c'est bien contre le tuteur que la demande doit être engagée ; l'art 16. dit, en effet, que la demande sera « notifiée au tuteur », et non pas qu'elle sera « dirigée contre le tuteur », ainsi que le suppose M. Leloir. Ces expressions ne doivent pas être confondues. Il ne faut donc pas trop s'attacher à règle générale de la compétence pour en tirer argument contre notre système ; d'ailleurs, nous l'avons constaté, ce n'est pas sur cette considération tirée du droit commun que se base M. Leloir pour justifier son système, c'est sur l'intérêt de l'enfant ; or, nous avons dit que, à ce point de vue, ce n'était pas le tribunal du domicile de la tutelle qui semblait nous offrir le plus de garanties(1).

Au sujet de la procédure en elle-même, l'art. 16 dit que la demande en restitution sera introduite sur requête ; puis il renvoie aux § 1 et suiv. de l'art. 4. — Le § 1^{er} de cet article est donc laissé de côté ; il contient l'obligation pour le Procureur de la République de faire procéder à une enquête sur la moralité des parents du mineur, et décide que ceux-ci seront mis en demeure de présenter au tribunal leurs observations. Cette disposition n'avait plus de raison d'être dans la procédure de resti-

(1) *Contra*, Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 2, p. 102-103.

tution, car ici, à la différence de ce qui a lieu dans l'instance en déchéance, la réunion du conseil de famille est obligatoire après la présentation de la requête introductive d'instance, le Président du tribunal commet un juge pour faire rapport; ce rapport entendu, le tribunal, s'il juge les faits pertinents, ordonne la convocation du conseil de famille, puis procède en chambre du conseil à l'interrogatoire du demandeur. C'est là, en effet, la procédure suivie en matière d'interdiction; or, nous savons que l'art. 4 renvoie à cette procédure; c'est donc elle qu'il faut suivre de point en point pour la demande de restitution, comme pour la demande en déchéance. C'est alors que le demandeur met en cause le tuteur, afin que celui-ci présente telles observations qu'il jugera nécessaires conformément à l'art. 16. Enfin, le tribunal rend en audience publique son jugement au fonds. M. Leloir estime que, lorsque les enfants sont majeurs, la demande ne peut être introduite contre eux à cause du principe de l'art. 371 du Code Civil. Le savant auteur pense qu'alors il suffira d'un jugement sur requête, absolument comme dans le cas où un ascendant introduirait une demande en restitution après le décès de ses enfants.

L'art. 16 dit encore que, dans le jugement prononçant la restitution, le tribunal fixera l'indemnité qui est due au tuteur, ou décidera qu'en raison de l'indigence « il ne sera alloué aucune indemnité ». On a fait remarquer à ce sujet, qu'il était tout au moins bizarre de voir l'indigence des parents exercer une influence sur l'existence même de la dette; on comprend qu'elle agisse sur l'exécution de celle-ci; mais l'insolvabilité d'un débiteur n'est pas un motif qui permette à un tribunal de ne pas reconnaître l'existence d'une dette.

La restitution a pour effet de rendre à l'ascendant déchue la plénitude des droits dont il avait été privé; mais il est tenu de respecter tous les actes qui ont été accomplis pendant son incapacité. Par exemple, si une tutelle officieuse a été constituée ou si l'enfant a été adopté, émancipé, etc., tous ces actes continuent à avoir effet. Mais les parents, au profit desquels la restitution aura été prononcée, auront action, en vertu de l'art. 21 de la loi de 1889, pour obtenir que leur enfant leur soit rendu.

Il nous reste, au sujet de la restitution de la puissance paternelle, une autre question à traiter. Lorsque nous avons parlé plus haut de condamnation conditionnelle et de la loi du 26 mars 1891, nous avons vu que la peine de la déchéance, quand elle était prononcée, n'était pas suspendue, par application de cette loi, comme la peine principale, et nous avons soulevé la question de savoir si le délai de cinq ans passé sans nouvelle condamnation doit rendre *de plano* au condamné ses droits de père de famille. Nous avons renvoyé l'examen de cette question au moment où nous traiterions de la restitution de la puissance paternelle; le moment est venu de nous expliquer sur ce point.

M. Leloir dit qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 26 mars 1891 que le législateur a voulu assimiler à la réhabilitation l'accomplissement de la condition exigée par la loi de sursis (1). Or, continue le même auteur, nous savons, d'après la loi de 1889, quel est l'effet de la réhabilitation en matière de déchéance; elle donne seulement le droit d'introduire une

(1) Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 1, p. 388 et suiv.

demande en restitution; nous dirons donc que l'accomplissement de la condition présenté par la loi de sursis donnera les mêmes droits, mais ne pourra avoir plus d'effets.

Cette solution nous paraît cependant critiquable à plusieurs points de vue. Tout d'abord, l'assimilation faite entre les deux hypothèses ne peut être complète; M. Leloir le reconnaît lui-même, les termes de l'art. 634 du Code d'Instruction Criminelle modifié et ceux de la loi de 1891 sont bien différents. « La réhabilitation, dit le premier texte, efface la condamnation. » Le second, au contraire, dit « que la condamnation sera comme non avenue »; et ce n'est pas là seulement une différence de rédaction, c'est une différence qui se manifeste également dans la façon de procéder. Pour la réhabilitation, il faut introduire une demande, et celle-ci peut être rejetée. Avec la loi de 1891, au contraire, il n'y a aucune demande à adresser; la situation du condamné, lorsque le délai est expiré, change immédiatement *ipso facto* sans l'intervention de personne. Il ne faut pas dire non plus que la loi de 1889 a enseigné quel était l'effet de la réhabilitation en matière de déchéance, et que ces principes doivent être appliqués dans la question qui nous occupe. Comme la demande en réhabilitation, la demande en restitution de la puissance paternelle, qui la suit dans bien des cas, peut être rejetée. Mais il ne nous semble pas qu'on puisse empêcher un individu, déchu de la puissance paternelle et condamné avec le bénéfice de la loi de sursis, de recouvrer ses droits de père de famille. La condamnation est « comme non avenue », dit la loi; elle disparaît avec tous ses effets, avec toutes ses suites, par le fait même de l'accomplissement

de la condition. Eh ! bien, alors pourquoi intenter une demande en restitution qui n'est pas nécessaire, puisque l'individu déchu recouvre, en vertu de la loi elle-même, les droits qu'il avait perdus ? Pourquoi intenter une demande en restitution que le tribunal ne pourra rejeter ? Nous n'en voyons aucunement l'utilité ; et cela nous paraît assez difficile à concilier avec les principes qui gouvernent la théorie de la restitution de la puissance paternelle créée par la loi de 1889, principes qui donnent un pouvoir d'appréciation aux tribunaux. Nous croyons donc que, comme les autres peines accessoires du reste, la peine de la déchéance de la puissance paternelle disparaîtra *de plano* par l'accomplissement du délai de cinq ans passé sans condamnation.

TITRE II

De la protection des mineurs placés avec ou sans l'intervention des parents.

Nous venons de voir que le titre premier de la loi s'occupe des cas de déchéance et de tout ce qui concerne cette pénalité. Le titre 2 a pour but de protéger d'une façon efficace les enfants délaissés par leurs parents, en facilitant aux particuliers et aux institutions de bienfaisance la tâche moralisatrice qu'ils voudraient bien entreprendre. « Jusqu'à présent, est-il dit dans une circulaire ministérielle en date du 16 août 1889, les administrations d'Assistance publique, les associations de bienfaisance, les personnes charitables manquaient de l'arme légale pour entreprendre avec sécurité, poursuivre avec fruit l'éducation des enfants moralement abandonnés. » L'abus auquel il fallait porter remède était le suivant : quand les enfants étaient très jeunes, les parents les confiaient volontiers aux établissements charitables, souvent même ils réclamaient leur assistance. Puis, lorsque l'enfant avait été élevé, lorsqu'on lui avait appris un métier, lorsqu'il était devenu, comme on l'a dit, une « valeur », il était réclamé par les parents. En face de cette revendication les établissements d'assistance étaient complètement désarmés ; on ne pouvait pas refuser la

remise de l'enfant aux parents qui le réclamaient; sans doute on avait le droit de demander aux père et mère la restitution des frais qu'avaient occasionnés l'éducation et l'entretien de l'enfant; mais, en présence de leur refus ou de leur impuissance de rembourser, on ne pouvait garder l'enfant comme gage de paiement de cette dette. Les particuliers ou établissements charitables étaient donc forcés de s'incliner devant la réclamation des parents, et l'enfant retombait ainsi dans le milieu auquel on avait inutilement cherché à l'arracher au prix de tant de sacrifices.

Le projet général, dont la loi de 1889 a été extrait, avait voulu porter remède à cet état de choses en admettant que, par un contrat passé entre les parents et ceux qui auraient accepté la charge d'un enfant, contrat qui devait être approuvé par le juge de paix, les père et mère auraient le droit de céder en totalité ou en partie leurs pouvoirs sur cet enfant à la personne ou à l'association qui l'aurait recueilli. Lorsqu'il s'agit de voter la loi de 1889, le Conseil d'État s'émut de cette innovation. « On proclamerait, dit M. Courcelle-Seneuil, cette suprême injustice que les contribuables, les citoyens qui supportent toutes les charges nationales seraient, en outre, forcés d'élever à leurs frais les enfants de tous ceux qui sont des non-valeurs sociales ! Ce serait pour procéder à ce renversement de tous les principes que l'on imposerait de nouvelles charges aux populations. » C'était surtout renverser tous les principes de notre droit que de faire de la puissance paternelle l'objet d'un contrat. La puissance paternelle, en effet, est d'ordre public et ne peut faire l'objet d'une convention particulière. Le système admis par la loi de 1889 est moins en con-

tradiction avec cette conception traditionnelle des droits de famille; il permet, il est vrai, de déléguer à l'Assistance publique les droits qui appartiennent aux parents, mais c'est une décision judiciaire qui seule peut opérer cette délégation, laquelle revêt la forme d'une mesure de protection prise par la justice dans l'intérêt de l'enfant.

SECTION I

ENFANTS PLACÉS AVEC L'INTERVENTION DES PARENTS.

L'art. 17 s'occupe de la cession judiciaire dont nous venons de parler. Remarquons, tout d'abord, à ce sujet que les droits constitutifs de la puissance paternelle, cédés par la personne qui place l'enfant, appartiennent toujours à l'Assistance publique. Cette administration peut ensuite confier les enfants à des particuliers ou à des établissements charitables, mais c'est seulement l'exercice de ces droits qui leur est conféré. Comme le dit l'Exposé des motifs : « Ce n'est pas là une prérogative inerte que nous proposons de conférer ou plutôt de reconnaître à l'État. Cette distinction des droits et de leur exercice n'est pas sans portée pratique. » Nous aurons occasion de le constater en étudiant les droits qui appartiennent à l'Assistance publique; afin de suivre l'ordre naturel, nous commencerons par examiner quelles sont les personnes qui peuvent ainsi confier des enfants à l'Administration. L'art. 17 cite les pères, mères ou tuteurs autorisés du conseil de famille comme pouvant consentir cette cession judiciaire. Durant le mariage,

le père seul le peut puisqu'il est investi de la plénitude de la puissance paternelle; à la mort du père, la mère a le pouvoir de céder ces droits, de même qu'elle peut le faire en cas d'absence constatée du chef de famille, et, en général, dans tous les cas où le Code Civil confère à la mère l'exercice de la puissance paternelle. Après la mort des père et mère, ce droit passe au tuteur qui n'est alors que l'exécuteur des volontés du conseil de famille; c'est ce dernier, en effet, qui doit prendre semblable décision. Les ascendants qui ne sont pas tuteurs ne peuvent, au contraire, céder aucun des droits qui leur sont dévolus par la loi, en raison de leur qualité d'ascendants.

Mais, conformément aux règles générales, toutes ces personnes ne peuvent conférer à un établissement ou à un particulier plus de droits qu'elles n'en ont elles-mêmes sur la personne des enfants. C'est ainsi que le tuteur qui exerce les droits de garde, d'éducation, de correction et d'administration, ne peut céder le droit de consentement au mariage qui appartient au conseil de famille, quand il n'y a plus d'ascendants; le conseil de famille n'a pas capacité pour céder ces droits(1). De même, si, à la suite d'une déchéance prononcée contre le père, l'exercice de la puissance paternelle n'a pas été confié à la mère, celle-ci pourra céder les droits qui lui sont réservés par l'art. 14, mais elle ne pourra disposer des autres qui ont été donnés au tuteur nommé par le tribunal.

La cession consentie par une personne qui a qualité

(1) Sic, Blanc, *Les enfants maltraités ou moralement abandonnés*, p. 52.

pour cela est opposable par la suite à tous ceux qui sont éventuellement appelés à recueillir les droits cédés. Cependant M. Nillus admet que, après le décès du père qui se serait dessaisi de la puissance paternelle, la mère recouvre les droits qui lui sont attribués par la loi sur la personne des enfants après le décès du mari (1).

Il peut sembler choquant de voir le père de famille disposer ainsi de droits qui ne lui appartiennent pas exclusivement. Pendant la vie du père, dit-on, la mère ne peut les exercer, parce que sa personnalité est effacée par celle de son mari ; mais elle n'en est pas moins investie au même titre que lui de la jouissance de ces droits. Or, la mère n'est pas consultée au point de vue du dessaisissement ; il peut avoir lieu sans son consentement ; cette situation doit-elle survivre à celui qui l'a créée ? Il paraît certain que le père ne pourrait pas céder sans le consentement de la mère des droits que celle-ci doit exercer conjointement avec lui (2) ; c'est ainsi, dit-on, qu'un père ne pourrait céder sans la volonté conforme de la mère le droit de consentir à l'adoption ou à la tutelle officieuse de l'enfant. Pourquoi, dès lors, aurait-il le pouvoir de céder, seul, des droits qui doivent revenir à la mère ?

Il est certainement regrettable que la loi n'ait pas exigé, pour le dessaisissement judiciaire, le consentement simultané des père et mère. Mais enfin, le législateur ne l'ayant pas fait, il semble difficile de suppléer à son silence ; car, pendant le mariage, le père seul a l'exer-

(1) Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle et protection des enfants recueillis avec ou sans l'intervention des parents*, n° 175.

(2) Sic, Blanc, *Les enfants maltraités ou moralement abandonnés*, p. 42-43.

cice de la puissance paternelle ; il peut, dans bien des cas, ne pas consulter la mère ; il peut même aller contre la volonté de celle-ci, et cependant sa volonté est sanctionnée par la loi. M. Leloir en cite un exemple frappant à propos de l'émancipation ; le père peut émanciper l'enfant contre la volonté de la mère, et pourtant les droits de celle-ci sont diminués par le fait de l'émancipation, absolument comme dans le cas de dessaisissement judiciaire. L'émancipation accomplie sans la volonté de la mère sacrifie, elle aussi, les droits éventuels de celle-ci. Les deux situations sont analogues ; nous ne voyons donc pas que les principes du droit commun, en matière de puissance paternelle, soient atteints par le système qui refuse à la mère l'exercice des droits dont le père a disposé pendant sa vie ; et nous préférons cette théorie à celle admise par M. Nillus, laquelle nous paraît manquer de fondement juridique pour étendre les dispositions de la loi.

Le dessaisissement judiciaire peut porter, soit sur tous les droits qui appartiennent aux parents, soit sur quelques-uns seulement de ceux-ci, les père, mère ou tuteur se réservant, en ce cas, ceux dont ils ne disposent pas. La loi fait allusion à ce dessaisissement partiel dans le dernier alinéa de l'art. 17 où est prévu le cas de parents qui se sont réservés le droit de consentement au mariage. Si les parents abusent de la réserve qu'ils ont stipulée à propos de ce droit, l'Assistance publique peut les faire citer devant le tribunal pour voir accorder ou refuser par celui-ci le consentement au mariage dont les parents se feraient une arme vis-à-vis de leurs enfants. De bons esprits enseignent que ce droit de l'assistance peut être exercé par cette administration, non seulement

contre le père ou la mère qui a consenti la cession, mais encore, après son décès, contre tous ceux qui ont hérité du pouvoir de consentir au mariage.

Il est peut-être regrettable que la loi n'ait pas donné à l'Assistance publique le pouvoir de citer ainsi devant les tribunaux les parents qui abuseraient d'autres droits qu'ils pourraient s'être ainsi réservés, par exemple des droits d'émancipation, de consentement à une adoption, etc., et dont ils se feront parfois un moyen de chantage pour tenir l'administration en échec. M. Leloir estime toutefois que, en vertu d'une jurisprudence bien établie, l'Assistance publique, les établissements privés et les particuliers qui ont acquis des droits sur l'enfant, ont le pouvoir de faire décider en justice que l'émancipation consentie par les parents ne leur sera pas opposable dans la mesure des droits qui leur ont été conférés sur l'enfant (1).

La procédure pour arriver au dessaisissement judiciaire est fort simple. Le tribunal compétent est celui du domicile des parents; il est saisi par une requête dont l'enregistrement et le visapour timbre sont gratuits (art. 18). Le tribunal fait appeler les parents ou tuteurs, ainsi que les particuliers ou les représentants réguliers de l'établissement gardien de l'enfant. Dans tous les cas, l'Assistance publique est représentée, ce qui se conçoit, puisque c'est cette administration qui a la jouissance des droits de la puissance paternelle. Le tribunal, dit l'art. 18, procède à l'examen de l'affaire en chambre du conseil; le Ministère public doit être entendu; puis le jugement est rendu en audience publique. Il faut remarquer que ce

(1) Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 2, p. 27.

dessaisissement n'a pas tant le caractère d'une instance contentieuse que celui d'une autorisation accordée par le tribunal, et c'est bien là aussi le but qui devait être rempli. Les parties agissent conjointement, et le tribunal ne doit pas perdre de vue « l'intérêt de l'enfant ». Mais le pouvoir du juge ne va pas jusqu'à accorder à l'Administration plus de droits que n'en veut abandonner celui qui se dessaisit, et le tribunal ne peut pas remettre l'enfant à un autre gardien que celui avec lequel l'ascendant ou le tuteur a traité.

Il est à remarquer que ces art. 17 et 18 ne sont applicables qu'à des enfants *mineurs de seize ans*; les parents ou tuteurs ne peuvent donc céder les droits qu'ils ont sur les enfants quand ceux-ci ont dépassé cet âge.

SECTION II

ENFANTS PLACÉS SANS L'INTERVENTION DES PARENTS.

Avant la loi de 1889, quand une personne trouvait un enfant qui était abandonné, cet enfant était remis à l'Assistance publique, et, lorsque c'était un enfant nouveau-né, l'art. 48 du Code Civil indiquait les précautions qui devaient être prises afin de constituer un acte de naissance à cet enfant. La loi de 1889 a fait plus; elle a permis à l'Assistance publique d'acquérir la puissance paternelle sur cet enfant. Les parents, en effet, sont présumés avoir renoncé à tous leurs droits sur l'enfant qu'ils ont ainsi abandonné; il ne peut plus être question ici de droits réservés par les parents; l'Assistance publique en a la plénitude sur celui-ci. La loi de 1889 ne s'ap-

plique pas uniquement aux nouveaux-nés qui sont abandonnés, mais à tous les mineurs de seize ans, soit matériellement délaissés, soit moralement abandonnés, c'est-à-dire laissés par les parents dans un état habituel de vagabondage qui peut faire présumer chez les parents l'intention de se débarrasser de leurs enfants. Nous verrons quels moyens la loi a pris de s'assurer que tel est réellement le désir des parents. Elle a édicté, en effet, de nouvelles dispositions qui se peuvent comparer à celle de l'art. 347 du Code Pénal. Cet article, qui, dans son premier alinéa, est la sanction des règles du Code Civil (art. 58), permettait, par un second alinéa, à la personne qui avait recueilli un enfant nouveau-né de s'en charger en faisant une déclaration à la municipalité du lieu où celui-ci avait été trouvé. On se demandait alors si cette déclaration suffisait pour autoriser la personne ou l'établissement qui la faisait à se constituer gardien définitif de l'enfant. Certains auteurs pensaient qu'il fallait, en outre, l'assentiment de l'Assistance publique, tutrice légale des enfants abandonnés. M. Leloir (1) fait observer à ce sujet que les droits de l'Assistance ne peuvent réellement exister sur un enfant que lorsque celui-ci lui a été remis et a été immatriculé. Nous adoptons d'autant plus volontiers cette dernière manière de voir que, avant la loi de 1889, l'Assistance publique avait un rôle de « tutelle de droit » bien moins important et bien moins nettement défini qu'aujourd'hui.

Actuellement les règles sur cette matière sont contenues dans les art. 19 et 20 de la loi de 1889. Les enfants peuvent être recueillis par des associations privées de

(1) Leloir, *Code la puissance paternelle*, t. 2, p. 4.

bienfaisance, régulièrement autorisées à cet effet, par des particuliers jouissant de leurs droits civils, ou par des administrations d'assistance publique (hospices, asiles, bureaux de bienfaisance, etc.).

Nous voulons dire par là que, seuls, ces établissements ou personnes ont la possibilité d'acquérir les droits de la puissance paternelle. Mais il ne faudrait pas croire que des établissements de charité, privés, non autorisés à cet effet, ne puissent pas recueillir et élever des enfants; ils peuvent toujours le faire, mais leur situation est semblable à celle qui était la règle générale avant la loi de 1889; ils n'acquerront aucun droit sur les enfants qu'ils ont recueillis; ils ont seulement la liberté d'exercer la charité, la loi ne leur accorde rien; elle se contente de ne pas entraver leur mission. « Quant aux enfants recueillis purement et simplement, dit M. Leloir (1), sans que ceux qui les ont en garde aient manifesté aucune velléité d'acquérir des droits sur leurs personnes, les préfets n'ont pas à s'occuper d'eux et ne peuvent les protéger en aucune manière. »

Nous repoussons sans hésitation la théorie contraire enseignée par M. Nillus (2), et d'après laquelle les préfets auraient toujours le droit d'agir pour faire remettre à l'Assistance publique des enfants élevés chez des particuliers ou par des établissements non autorisés. L'art. 23 sur lequel on s'appuie pour le prétendre accorde ce droit seulement en ce qui concerne les enfants sur lesquelles la puissance paternelle appartient à l'Assistance

(1) Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 2, p. 8.

(2) Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle et protection des enfants recueillis avec ou sans l'intervention des parents*, nos 182-186.

publique et qui ont été confiés par celle-ci à des établissements privés. C'est là ce qu'il faut entendre par ces mots de l'art. 23 : « dans les conditions de la présente loi. » La loi de 1889, nous l'avons dit, ne s'occupe en aucune façon des enfants recueillis par des particuliers ou par des établissements non autorisés spécialement; cette situation reste ce qu'elle était autrefois, ainsi que le prouvent les travaux préparatoires; M. Rousselle disait dans son rapport, au sujet de la déclaration que devaient faire ces établissements : « C'est la seule exigence rigoureuse de la loi nouvelle envers les établissements de charité; on ne leur impose aucune autre condition pour pouvoir recueillir, comme par le passé, les enfants indigents. »

La déclaration dont parlait M. Rousselle est ordonnée par l'art. 19. Cet article parlant des « administrations d'assistance publique, des associations de bienfaisance régulièrement autorisées à cet effet, des particuliers jouissant de leurs droits civils, » on en avait conclu que les établissements de charité privée qui n'étaient pas désignés par l'art. 19 ne pouvaient être tenus de la faire.

M. Leloir fait remarquer que c'est pour échapper à cette conclusion que ceux qui interprètent de cette façon l'art. 19 voulurent établir une corrélation entre la nécessité de faire une déclaration et la faculté de recueillir, dans les conditions de la loi nouvelle, les enfants abandonnés. C'est donc là le point de départ du système que nous avons exposé plus haut en le combattant.

Nous croyons, au contraire, que cette corrélation n'existe pas; les établissements de charité privée non autorisés, quoique incapables d'acquérir la puissance

paternelle sur les enfants abandonnés, sont tenus de faire la déclaration prescrite par l'art. 19.

Cet article ne parle des associations autorisés... etc., parce que le titre 2 s'occupe uniquement des établissements à qui on peut confier la puissance paternelle. La loi n'a pas voulu s'occuper des autres établissements charitables, tout en leur laissant, nous l'avons vu, la faculté, la liberté de continuer leur œuvre. Comprendrait-on que ces établissements, qui sont, tout au moins, présumés offrir moins de garanties puisqu'ils ne sont pas autorisés, fussent dispensés d'une formalité imposée par la loi à des établissements, spécialement créés pour recueillir les enfants et autorisés spécialement à le faire? D'ailleurs, quelle est la raison d'être de leur déclaration? C'est de faciliter les recherches que voudront entreprendre plus tard les parents, s'ils le désirent; c'est une mesure analogue à celle qu'ordonne l'art. 58 du Code Civil pour les enfants nouveau-nés. Pourquoi, dès lors, cette mesure ne serait-elle pas générale et ne s'appliquerait-elle pas dans tous les cas? Son utilité est aussi manifeste, que ce soit des établissements autorisés ou non autorisés qui recueillent les enfants. Aussi admettons-nous que cette formalité de la déclaration est prescrite même à l'Assistance publique, aussi bien qu'aux établissements particuliers(1); nous ne voyons pas de raison pour en dispenser celle-ci. La police peut avoir intérêt à rechercher la famille; les parents peuvent vouloir retrouver leurs enfants, et il faut pour cela que la déclaration ait été faite.

A la différence de l'art. 347 du Code Pénal qui admet

(1) Sic, Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 2, p. 10.

qu'on puisse se charger d'un enfant, en faisant pour cela une déclaration à la municipalité, mais qui n'indique aucun délai, l'art. 49 exige que cette déclaration soit faite dans les trois jours « au maire de la commune sur le territoire de laquelle l'enfant a été recueilli, et, à Paris, au commissaire de police. » Une amende de cinq à quinze francs sanctionne cette disposition; mais en cas de récidive, la peine sera celle portée par l'art. 482 du Code Pénal (cinq jours d'emprisonnement).

M. Nillus (1), au sujet de ce délai de trois jours, pense qu'il s'agit d'un délai franc, c'est-à-dire que le délai serait alors de quatre jours, sans compter le jour où l'enfant a été recueilli. Mais cette interprétation paraît difficile à admettre en face du terme employé par la loi « dans les trois jours », ce qui signifie dans les trois jours qui suivront celui où l'enfant a été recueilli. C'est ainsi, du reste, qu'on interprète l'art. 55 du Code Pénal, qui emploie la même expression « dans les trois jours » au sujet de la déclaration de naissance qui doit être faite à l'officier d'état civil (2).

Les personnes qui ont reçu la déclaration, maires et commissaires de police, doivent, dans un délai de quinze jours, transmettre ces déclarations, en province, au préfet du département, à Paris et dans le département de la Seine, au préfet de police. Ceux-ci doivent, à leur tour, notifier ces déclarations aux parents de l'enfant abandonné. Cette dernière disposition a pour objet de mettre les parents en demeure et de les forcer à prendre parti.

(1) Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle et protection des enfants recueillis avec ou sans l'intervention des parents*, n° 186.

(2) Sic, Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 2, n° 654.

L'art. 20 dit, en effet, que, si dans les trois mois qui ont suivi la déclaration l'enfant n'est point réclamé, ceux qui l'ont recueilli peuvent demander l'attribution des droits de la puissance paternelle, quand ce sont des particuliers jouissant de leurs droits civils ou des établissements régulièrement autorisés à cet effet. Au bout de ce laps de temps, si les parents n'ont fait aucune recherche, aucune démarche pour retrouver leur enfant, on peut présumer de leur part, même quand ils n'ont pas été touchés par la notification faite par le préfet, qu'ils ont l'intention d'abandonner leur enfant. Les gardiens adressent donc une requête au président du tribunal de leur domicile; le tribunal examine l'affaire en chambre du conseil, après avoir entendu le Ministère public et rend son jugement en audience publique.

Le projet primitif ne laissait pas toute latitude au tribunal sur l'étendue des droits à conférer au gardien. « Les droits ainsi délégués, y lisait-on, ne peuvent jamais s'étendre à d'autres droits qu'à ceux de garde, d'éducation, de correction, de gestion du pécule de l'enfant, de consentement à l'engagement militaire. » Mais ce système fut repoussé, et on a laissé aux tribunaux tout pouvoir pour accorder, soit la puissance paternelle dans son intégrité, soit quelques-uns seulement des droits qui la constituent. Quand il s'agit d'un établissement privé ou d'un particulier et que le tribunal n'accorde pas l'ensemble des droits au demandeur, ceux qui ne lui sont pas accordés sont dévolus à l'Assistance publique.

M. Brucyrc, dans son rapport au Comité de défense des enfants traduits en justice, a émis l'opinion qu'un tribunal saisi d'une requête, en vertu de l'art. 20, était

tenu d'attribuer la puissance paternelle au demandeur quand toutes les conditions légales sont remplies. Il s'appuie, pour cela, sur la différence de rédaction qui existe entre l'art. 17 et l'art. 20. L'article 17 dit : « Le tribunal..... peut. » L'article 20 ne donne pas une pareille faculté aux juges saisis d'une demande en attribution de la puissance paternelle, en dehors de l'intervention des parents.

Malgré cet argument de texte assez plausible, M. Leloir n'admet pas cette manière de voir. Il estime que le tribunal ne se trouve pas lié ici par la rigoureuse application des mesures prescrites ; il a, pense-t-il, un pouvoir d'appréciation aussi étendu que dans l'art. 17. C'est, du reste, en ce dernier sens que la jurisprudence est fixée ; nous citerons, par exemple, un jugement du tribunal de la Seine en date du 29 juillet 1890, qui débouta l'Assistance publique d'une demande en attribution de puissance paternelle.

Le jugement se base sur ce fait que la mère, contre laquelle on demandait la déchéance, avait été admise à l'hospice et que, dans ces conditions, le fait d'avoir laissé passer trois mois sans réclamation ne justifiait pas suffisamment la présomption d'abandon.

Du reste, remarquons que, dans l'art. 20, le législateur n'impose aucune solution aux tribunaux ; il dit seulement qu'après trois mois les établissements autorisés, etc., pourront adresser au tribunal une demande. La loi ne se prononçant pas sur la conduite que doivent tenir les tribunaux, dans la circonstance il est raisonnable de supposer que, conformément aux règles générales, ceux-ci seront investis d'un pouvoir d'appréciation souverain. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que les tribunaux

doivent statuer avant tout, dans l'intérêt de l'enfant, ceci, l'art. 20 le dit formellement, et, ne l'eût-il pas dit, que ce principe ressort suffisamment du contexte et de l'esprit de la loi ; or, pour pouvoir agir dans l'intérêt de l'enfant, il est nécessaire que, dans certains cas, le tribunal ait le pouvoir de rejeter la demande introduite devant lui.

Si l'enfant est recueilli par un particulier et que la puissance paternelle soit confiée à celui-ci, il en exercera les droits comme un père de famille et sans l'assistance d'aucun conseil jouant le rôle de conseil de famille. Si, au contraire, c'est une société de bienfaisance qui est investie de la puissance paternelle, elle agira comme le fait l'Assistance publique, c'est-à-dire qu'elle devra désigner dans son conseil d'administration une personne jouant le rôle de tuteur, lequel sera assisté de la commission administrative de cette société qui remplira les fonctions de conseil de famille (1).

Mais il ne faut pas croire que le particulier investi de la puissance paternelle échappe à tout contrôle ; l'art. 23, au contraire, indique le moyen qui devra être employé pour remédier aux abus qu'il était du devoir du législateur de prévoir. Nous savons que les personnes et les établissements chez lesquels l'enfant est placé sont, en province, soumis à la surveillance des inspecteurs départementaux et à celle de l'Assistance publique, à Paris (art. 24). Or, lorsqu'un abus se manifesterait de la part des gardiens, lorsque, même en l'absence d'agissements coupables, le préfet croira que les intérêts de l'enfant ne sont pas suffisamment sauvegardés, il pourra,

(1) Sic, Blanc, *Les enfants maltraités ou moralement abandonnés*, p. 74.

d'après l'art. 23, se pourvoir devant le tribunal civil pour obtenir que le particulier ou l'association soit dessaisi de tout droit sur ce dernier (l'enfant) et qu'il soit remis à l'Assistance publique.

Quand le préfet ou l'Assistance publique exerceront l'action en retrait qu'autorise l'art. 23, la requête qu'ils adresseront au tribunal sera visée pour timbré et enregistrée gratis. Le tribunal compétent est celui de l'arrondissement dans lequel résidera l'enfant. Le tribunal civil, ainsi saisi, examinera l'affaire, « les parents entendus ou eux dûment appelés. » L'art. 23 mentionne à dessein l'obligation d'appeler ces personnes, parce que le silence du législateur sur ce point eût pu être interprété en ce sens qu'il aurait été permis d'instruire l'affaire en l'absence des parents. Il était inutile, au contraire, de parler du particulier ou de l'établissement gardien de l'enfant; il est bien évident qu'il devra être assigné comme défendeur, puisque c'est contre lui qu'est dirigée la demande. Le tribunal entend également le représentant de l'Assistance publique (1) quand, la requête étant introduite par le préfet, cette administration ne joue pas le rôle de demandeur à l'instance. M. Nillus (2) enseigne que, dans cette procédure, on doit notifier au gardien la requête introductive d'instance dès le début de l'affaire, et avant tout examen du fond par le tribunal, comme on le fait dans la procédure de déchéance à l'égard des personnes contre lesquelles cette peine est demandée.

Quand, en vertu de l'art. 20, le tribunal a attribué la

(1) Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 2, p. 880.

(2) Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle et protection des enfants recueillis avec ou sans l'intervention des parents*, n° 127.

puissance paternelle à l'Assistance publique, à un établissement public ou privé ou à un particulier, il ne faut pas croire que ce jugement ait les mêmes effets que ceux qui prononcent la déchéance, d'après les art. 1 et 2 de la loi de 1889. Les parents, en effet, ne subissent pas une déchéance (à moins que celle-ci ne soit prononcée par le même jugement); ils gardent la puissance paternelle sur leurs autres enfants; c'est un dessaisissement de leurs droits limité à l'enfant recueilli, afin que l'établissement ou le particulier gardien puisse exercer avec plus de sécurité et de facilité la tâche qu'il a entreprise.

Aussitôt après avoir posé ce principe du dessaisissement, le législateur, dans l'art. 21, donne aux père, mère et tuteur, la faculté de s'adresser à la justice pour obtenir que l'enfant leur soit rendu. Cette requête est adressée au tribunal de la résidence de l'enfant. Le gardien auquel celui-ci est confié est nécessairement appelé à l'instance, ainsi que le représentant de l'Assistance publique. Le tribunal a même le pouvoir d'appeler toutes les personnes qu'il jugera capables de donner des éclaircissements utiles. Il s'agit, en effet, de savoir si l'intérêt de l'enfant exige qu'il soit laissé sous la puissance du gardien, ou, s'il est possible sans danger pour lui, de le rendre à sa famille. C'est là une question d'autant plus grave qu'il est loisible au tribunal de prononcer la déchéance contre les parents, si les explications apportées au cours de l'instance prouvent qu'ils méritent d'être frappés de cette peine. M. Nillus (1) dit à ce propos que la dé-

(1) Nillus, *Déchéance de la puissance paternelle et protection des enfants recueillis avec ou sans l'intervention des parents*, n° 192.

chéance ne pourra alors être prononcée qu'en vertu du § 6 de l'art. 2. Il est possible que ce soit là le cas le plus fréquent, mais nous ferons remarquer avec M. Leloir que l'ascendant pouvant, avant l'instance, se trouver dans un quelconque des cas prévus par l'art. 2, le Ministère public pourrait demander sa déchéance en se fondant sur une autre disposition que le § 6.

Le tribunal, sans prononcer la déchéance, peut décider qu'il n'y a pas lieu de rendre l'enfant aux parents ; l'intérêt du mineur doit dicter la sentence du juge, et il a tout pouvoir pour sauvegarder cet intérêt comme il croira devoir le faire. Nous retrouvons, quant aux dépenses faites par le gardien, une disposition que nous avons déjà rencontrée, chaque fois qu'il s'est agi de rendre l'enfant aux parents ; en l'enlevant au gardien, le tribunal doit fixer l'indemnité qui est due ou décider qu'en raison de l'indigence des parents il ne sera alloué par eux aucune indemnité.

Cette demande en restitution peut être intentée par les parents aussitôt qu'ils sont dessaisis de la puissance paternelle. Mais si elle est rejetée, elle ne peut plus être renouvelée qu'après l'expiration d'un délai de trois ans. Nous avons déjà vu le même laps de temps imposé par la loi, en matière de restitution de la puissance paternelle ; après déchéance, dans le cas où la déchéance a été prononcée en l'absence de toute condamnation, par application des art. 5 et 6 de l'art. 2. Nous avons dit à ce propos que ce délai de trois ans avait été critiqué à la Chambre au moment de la discussion du projet de loi. M. Cazeaux disait notamment que « ce délai de trois ans est une anomalie dans notre législation ». Les raisons qu'il avaient fait admettre dans l'art. 15 sont ici les mêmes ;

le sort de l'enfant ne doit pas être mis en jeu trop fréquemment, et le législateur a pensé qu'un délai minimum de trois ans était nécessaire pour apprécier si les parents étaient dignes, la seconde fois, d'une faveur qui leur avait été précédemment refusée.

M. Leloir enseigne, d'ailleurs, que, pour que ce délai de trois ans s'applique, il faut que la demande soit intentée par la même personne (1). « Cette solution, ajoute le savant auteur, est tout à fait en harmonie avec la disposition finale de l'art. 16. » Aussitôt après la mort des parents, les ascendants pourront donc intenter une demande en restitution pour obtenir l'attribution des droits qui leur sont accordés, en ce cas, par le Code Civil.

Les dispositions de l'art. 17 ne sont applicables, dit le texte, qu'aux mineurs de seize ans. C'est en s'inspirant de cet article qu'un jugement du tribunal de la Seine en date du 9 juillet 1890 a cru devoir décider que la demande en dessaisissement n'était plus recevable, quand l'enfant avait dépassé seize ans au moment où elle était intentée. Les auteurs sont, au contraire, d'accord pour reconnaître que l'art. 17 ne doit pas avoir cette portée (2), et qu'une semblable jurisprudence pourrait être très fâcheuse pour l'enfance abandonnée. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une demande intentée par l'Assistance publique au sujet d'un enfant recueilli avant seize ans. L'administration, ne voulant pas montrer une précipitation qui aurait pu être préjudiciable aux intérêts de l'enfant si la famille était venue le réclamer, avait attendu quelque temps avant de demander le dessaisissement des

(1) Leloir, *Code de la puissance paternelle*, t. 2, p. 54.

(2) Voir notamment M. Charmont, *Revue critique*, t. 2, n° 1, p. 527.

parents. C'est pendant ce temps que l'enfant atteint ses seize ans, et c'est en se plaçant au moment de la requête introductive d'instance que le tribunal décida que, l'enfant ayant dépassé l'âge fixé par l'art. 17, la demande devait être rejetée.

Il nous paraît également que cette jurisprudence est erronée ; c'est au moment où l'enfant est recueilli qu'il faut considérer si l'art. 17 lui est applicable. Des circonstances de fait, pouvant faire espérer que l'enfant serait repris d'un moment à l'autre par sa famille, peuvent faire hésiter pendant longtemps ceux qui l'ont recueilli avant qu'ils ne se décident à agir. Lorsque ces circonstances viennent à perdre leur importance, lorsqu'il n'y a plus aucun espoir de voir rentrer l'enfant dans sa famille, il serait injuste de refuser au gardien un droit qu'il n'aurait ainsi perdu qu'à cause de son intention d'agir au mieux des intérêts du mineur.

APERÇU CRITIQUE DE LA LOI DE 1889

La loi dont nous avons rapidement parcouru les dispositions a certainement réalisé un progrès considérable dans notre législation sur la famille ; mais toute œuvre humaine est nécessairement imparfaite, et on a adressé à cette loi certaines critiques qui nous paraissent, au moins partiellement, fondées.

Le premier reproche qui pourrait être adressé au législateur de 1889 est d'avoir réellement fait trop bon marché de la puissance paternelle. Était-il nécessaire, en effet, de prononcer la déchéance totale de la puissance paternelle chaque fois qu'on voulait protéger l'enfance ? Ne pouvait-on pas prononcer, seulement contre des parents indignes, la déchéance d'un des droits constitutifs de la puissance paternelle ? Avant la loi de 1889, nous le savons, les tribunaux procédaient ainsi, en se basant sur des considérations générales. Il suffisait de leur fournir un texte de loi qui constituât une base suffisante pour justifier leurs décisions. « N'eût-il pas été préférable, dit M. H. Taudière(1), de respecter la puissance paternelle, indissoluble comme le mariage, et d'organiser

(1) Taudière, *Des lacunes signalées par la jurisprudence dans la théorie du Code Civil sur l'autorité paternelle, et de la façon dont la loi du 24 juillet 1889 y a pourvu.*

simplement, en cas de nécessité, une séparation d'habitation entre parents et enfants analogue à la séparation de corps entre époux? » Actuellement, nous l'avons vu, la déchéance est complète et absolue, et, si les tribunaux ne sont pas tenus, dans tous les cas, de la prononcer, cette faculté n'en change pas les effets : chaque fois qu'ils la prononcent, le père est impitoyablement frappé. Il est frappé, non seulement dans le présent, mais encore dans l'avenir (sur les enfants nés et à naître); il ne lui est même permis qu'une seule fois de recourir à la justice pour rentrer dans ses droits. Encore faut-il pour cela qu'il ait laissé passer un délai fixé par la loi : même s'il est digne de recouvrer ses droits perdus avant trois ans, il ne lui est pas possible de le faire. Enfin, la femme d'un condamné déchu voit régler par le même jugement ses propres droits sur la personne de ses enfants à naître. Il faut avouer que, si le législateur avait respecté trop longtemps la puissance paternelle, il lui a porté, quand il l'a touchée, un coup qui l'atteint profondément.

Une loi votée dans un pays voisin du nôtre, la même année (loi anglaise du 26 août 1889), nous semble avoir été mieux inspirée en sauvegardant le principe de la puissance paternelle et en enlevant seulement le droit de garde aux parents. La faculté, laissée aux juges de prononcer, s'il y a lieu, une amende qui peut aller jusqu'à 200 livres sterling et un emprisonnement avec travail pénible dont la durée peut s'élever à deux ans, permet de punir avec plus ou moins de sévérité, selon les cas, les délits contre les enfants en respectant la puissance paternelle. Nous croyons ce système préférable, parce que nous estimons que, quand il s'agit de diminuer la puissance paternelle, il faut s'en tenir au strict nécessaire; il

est funeste de répandre l'idée que l'État a le droit de briser complètement et pour toujours l'autorité des pères de famille; il a le droit de la restreindre, mais non pas de la mettre à néant.

On reproche encore à la loi de 1889 des tendances socialistes qui se manifestent dans plusieurs de ses dispositions. C'est l'État, en effet, qui hérite véritablement de toute la puissance enlevée aux pères de famille. La loi distingue soigneusement l'Assistance publique de toutes les associations, de tous les établissements publics et privés; à la première seule sont confiés les droits, les autres n'en auront que l'exercice. Or, l'Assistance publique, on l'a fait remarquer, c'est une division du Ministère de l'Intérieur, c'est un corps de fonctionnaires, en un mot c'est l'État. D'autre part, le législateur de 1889 étendant encore la puissance de l'État a placé tous les particuliers et tous les établissements gardiens, autres que l'Assistance publique, sous le contrôle d'inspecteurs départementaux qui sont des fonctionnaires et qui sont investis d'un pouvoir considérable, puisque, sur leur demande, il dépend du préfet d'obtenir le déplacement d'un enfant, en se basant uniquement sur « l'intérêt de l'enfant », formule bien vague qui donne, pour ainsi dire, tout pouvoir à l'Administration.

Enfin, on ne peut s'empêcher de critiquer l'omnipotence de ces inspecteurs; alors que, dans la famille, quand un des parents reste seul, la loi ordonne, pour certains actes, l'autorisation d'un conseil de famille, les inspecteurs n'ont auprès d'eux aucune institution de ce genre; « il est contraire, dit M. H. Taudière (1),

(1) Taudière, *Les droits du père légitime sur la personne de ses enfants*, § 65.

aux principes de la raison et du droit, d'investir d'une telle prérogative, sans aucun contrepoids un fonctionnaire étranger à l'enfant, alors que l'exercice de l'autorité paternelle comporte, même pour le père, l'exercice d'un frein au moins moral. »

On a dit qu'il y avait un précédent fourni par la loi du 10 janvier 1849 qui remplaça le Conseil général des hospices civils par un directeur assisté d'un conseil de surveillance. Ce conseil devait jouer notamment le rôle de conseil de famille; c'était là une de ses principales raisons d'être; mais en réglant ses attributions, celle-ci fut oubliée. C'est donc par suite d'une erreur législative que ce précédent existe; on doit, d'ailleurs, d'autant moins l'invoquer que la situation n'est pas la même.

En effet, M. Lallemand (1), après avoir fait observer que le directeur de l'Assistance publique, à Paris, possède en réalité, vis-à-vis des 25,000 pupilles de la Seine, les pouvoirs d'un père de famille pendant le mariage, ajoute : « Cette situation anormale est sans inconvénients, parce que ce fonctionnaire éloigné des centres de placement, en dehors de toutes les compétitions de clocher, renseigné par ses inspecteurs, peut diriger avec impartialité les trente directeurs chargés sur place de la surveillance en province. Il ne saurait en être de même pour les inspecteurs départementaux, entre les mains desquels on place toutes les attributions, constamment juges et parties, s'inspectant eux-mêmes et n'ayant au-dessus d'eux que les préfets, hommes politiques qui ne peuvent suivre de près un service aussi compliqué. »

(1) Lallemand, *Loi du 24 juillet 1889 sur les enfants maltraités ou moralement abandonnés*, § 10.

Et M. Taudière (1) est d'accord avec lui pour faire remarquer qu'il eût été bon « de constituer pour les enfants moralement abandonnés des conseils départementaux contrôlant, à titre de conseils de famille, les actes des inspecteurs. »

On se demande également pourquoi le législateur de 1889 a exigé que les établissements de charité fussent autorisés d'une façon spéciale pour acquérir, sur les mineurs de seize ans, les droits qui sont abandonnés par les parents ; ils n'en peuvent même pas être investis, quand les ascendants eux-mêmes leur confient leurs enfants. Les établissements privés hospitaliers existant avant la loi avaient cependant donné assez de preuves du dévouement pour mériter d'être traités avec plus de confiance ; le système de la loi se comprend d'autant plus difficilement que tout le monde est d'accord pour faire appel à l'initiative privée. Pourquoi, dès lors, ne pas lui donner toute liberté sous le contrôle des tribunaux ? Pourquoi, dès qu'il s'agit d'une association et non plus d'un particulier, l'État s'est-il réservé le droit d'accorder une autorisation nécessaire à qui bon lui semblerait et de la refuser quand il le voudrait ? Écoutons les raisons qui sont données à l'appui de ce système : « Le conseil, dit l'Exposé des motifs, a fait remarquer que les autorisations, antérieurement accordées aux associations de bienfaisance, ne l'avaient pas été en vue d'une substitution possible de ces associations aux familles pour la tutelle des mineurs ; qu'il résultait de l'art. 19 une condition toute nouvelle absolument imprévue au profit des

(1) Taudière, *Les droits du père légitime sur la personne de ses enfants*, § 65.

associations de bienfaisance ; qu'il lui paraissait, dès lors, indispensable de la surbordonner à une autorisation *ad hoc* qui ne pourrait, par conséquent, être accordée qu'après la promulgation de la présente loi. »

Nous dirons avec M. Lallemand que ce raisonnement ne repose sur aucune base sérieuse : « C'est en effet, dit cet auteur, le *tribunal* qui délègue l'exercice de la puissance paternelle, et, du moment qu'il peut le déléguer à de simples particuliers, il suffit que le directeur ou un membre d'une association reconnue ou non fasse la demande pour obtenir la garde de l'enfant et le placer ensuite suivant ses convenances. Est-ce que le gouvernement n'a pas, d'ailleurs, son droit de surveillance avec le pouvoir (art. 24) de s'adresser en tout temps au tribunal en vue de faire modifier la décision première ? Pourquoi alors chercher par de mesquines tracasseries à entraver la charité et ne point laisser pleine liberté d'action aux juges » (2).

Enfin, à un autre point de vue, M. Charmont critique la loi du 24 juillet 1889, la trouvant, dit-il, « trop compliquée et trop timide, » trop compliquée à cause de ses distinctions trop nombreuses, de ses dispositions trop longues ; trop timide parce qu'on a limité trop étroitement la liste des personnes qui ont le droit d'introduire l'action en déchéance. Nous remarquerons, sur ce point, que la loi anglaise, dont nous avons parlé, permet à *toute personne* de demander qu'on enlève le droit de garde à quelqu'un qui maltraite un enfant.

Bien que toutes ces critiques ne soient pas dénuées de

(1) Lallemand, *Loi du 24 juillet 1889 sur les enfants maltraités ou moralement abandonnés*, p. 8.

fondement, nous tenons à reconnaître à nouveau, en terminant, que la loi de 1889 a réalisé un grand progrès dans notre législation en permettant de protéger, plus que par le passé, l'enfance abandonnée et malheureuse. Mais il ne faut pas oublier qu'en cette matière, plus qu'en tout autre, la loi est forcément impuissante; ce sont les mœurs qui doivent être redressées. Ce progrès ne dépend pas complètement du législateur; et, pour atteindre ce but, il faut répandre et encourager les idées moralisatrices de la religion. C'est elle qui, par ses habitudes séculaires de généreux dévouement à toutes les infortunes, pourra apporter le plus grand secours à cette cause si intéressante de l'enfance malheureuse. Il faut également, et ceci dépend de chacun de nous, aider et encourager les œuvres charitables qui se créent à notre époque pour secourir les enfants maltraités ou abandonnés, classe de déshérités malheureusement trop nombreux, qui n'ont même pas l'amère consolation de pouvoir s'écrier avec Lamartine :

Pourquoi Dieu mit-il donc le bonheur de la vie
Tout au commencement?

Vu,
Le doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu,
Le Professeur, président de la thèse,
CAREL.

Vu et permis d'imprimer,
Le Directeur de l'Académie de Caen,
E. ZEVORT.

ERRATA :

Page 3. Ligne 28, note, *au lieu de* : Pothier, *Pandectæ*, *lire* : Pothier *Pandectæ*.

- 15. Ligne 4, *au lieu de* : nuncupanit, *lire* : nuncupassit.
 - 18. Ligne 4, *au lieu de* : liv. XXXI, *lire* : loi 31.
 - 33. Ligne 12, *au lieu de* : par la loi 23 (3) (livre L, t. XVII), *lire* : par la loi 23, § 3 (liv. L, t. 17) (3).
 - 36. Ligne 7, *au lieu de* : aucunement, *lire* : aucun serment.
 - 39. Ligne 29, note, *au lieu de* : loi 43; t. XXVI, liv. XVIII, *lire* : loi 18, liv. XLIII, t. 26.
 - 54. Ligne 21, *au lieu de* : qui pourra agir pour, *lire* : qui pourra agir par.
 - 62. Ligne 18, *au lieu de* : concreto, *lire* : abstracto.
 - 64. Ligne 29, note, *au lieu de* : pignus duplam, *lire* : pignus duplum.
 - 73. Ligne 5, *au lieu de* : liv. XLV, *lire* : liv. XLI.
-

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE.	Pages. VII
Étude historique sur le développement des sûretés réelles à Rome.	
PROLÉGOMÈNES	1
CHAPITRE I ^{er} . — De la Fiducie	7
SECTION I ^{re} . — Origines du crédit réel. — Origines de la Fiducie. — Ses applications. — A quelle époque remonte-t-elle?	8
SECTION II. — Analyse de l'opération fiduciaire. — Nature de la convention de Fiducie	16
SECTION III. — Fiducia cum creditore. — Droits et obligations des parties. — Sanction de la Fiducie. — Ses inconvénients. — Sa disparition	25
CHAPITRE II. — Du gage.	47
SECTION I. — Eléments du contrat de gage	47
A. Consentement des parties	47
B. De la cause	49
C. Capacité des parties	51
D. De l'objet	56
SECTION I ^{re} . — Des effets du contrat de gage	59
CHAPITRE III. — De l'hypothèque.	109
SECTION I ^{re} . — De l'interdit Salvien	101
SECTION II. — De l'action servienne. — Eléments de la formule	115
SECTION III. — De l'action quasi-servienne. — Création de l'hypothèque. — Son origine.	121

Commentaire de la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés.

	Pages.
INTRODUCTION	129

TITRE I

CHAPITRE I ^{er} . — De la déchéance de la puissance paternelle.	135
SECTION I ^{re} . — Des cas de déchéance de la puissance paternelle	
§ 1. — Déchéance obligatoire	138
§ 2. — Déchéance facultative	146
SECTION II. — De la procédure	158
SECTION III. — Des effets et de l'étendue de la déchéance prononcée	165
CHAPITRE II. — De l'organisation de la tutelle en cas de déchéance.	190
SECTION I ^{re} . — Tutelle ordinaire.	192
SECTION II. — Tutelle officieuse	194
SECTION III. — Tutelle de l'Assistance publique.	199
CHAPITRE III. — De la restitution de la puissance paternelle.	203

TITRE II

De la protection des mineurs placés avec ou sans l'intervention des parents	215
SECTION I ^{re} . — Enfants placés avec l'intervention des parents.	217
SECTION II. — Enfants placés sans l'intervention des parents.	222
Aperçu critique de la loi.	237

